This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

2044 097 773 956

130

Bd. Nov. 1930

HARVARD LAW LIBRARY

Received Mar. 10, 1904

Das

gesetzliche Veräußerungsverbot

bei

Singular- und Universalvermächtnissen

nach römischem Rechte.

Inauguralabhandlung

von

Ernst August Seuffert.

München, 1854.

Literarisch-artistische Anstalt

der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

Rec. Mar. 10, 1904

Vorwort.

Die vorliegende Abhandlung ist geschrieben zum Zwecke der Erlangung des juristischen Doktorgrades. Der geneigte Leser wird bei Beurtheilung derselben erwägen, daß ihm hier ein Erstlingsversuch dargeboten worden, und daß sich bei einer Inauguralabhandlung das Horazische: Nonum prematur in annum auch nicht in annähernder Weise verwirklichen lasse.

Bei der Wahl des Gegenstandes ging die Anregung von der Praxis aus, nämlich von dem Seite 99 Note 1 bezeichneten Rechtsfalle. Das nähere Eingehen auf die in diesem verhandelten Fragen führte zu einer tiefer greifenden Untersuchung, deren besonderes Interesse schon der Umstand zu begründen schien, daß es sich hier von einer in der neueren Doktrin minder beachteten Aufgabe handelte. Möge es mir gelungen sein, zur Lösung schwieriger Fragen einen Beitrag zu liefern!

München, den 30. März 1854.

Der Verfasser.

Formular.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Inhalts-Verzeichniß.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Rechte.

Seite

Vorbemerkung 1

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Einleitung.

§. 1. Prinzip des vorjustinianeischen Rechts 2

Veräußerungsbefugniß des Vermächtnißträgers

§. 2. A. bei Legaten 3

§. 3. B. bei Fideikommissen 16

Zweiter Abschnitt.

Justinianeisches Recht.

Erstes Hauptstück.

Einfluß der Const. 1 commun. de leg. et fideic. (6, 43).

§. 4. I. Im Allgemeinen 38

II. Im Einzelnen

§. 5. A. Rücksichtlich der Singularvermächtnisse 43

§. 6. B. Rücksichtlich der Universalvermächtnisse 52

Zweites Hauptstück.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot der Const. 3 comm. de leg. et fid.

§. 7. Vorbemerkung 65

§. 8. I. Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singularvermächtnissen 57

Seite

§. 9. II. Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Universalvermächtnissen 64

III. Nähere Begränzung des Umfanges des Veräußerungsverbotes

§. 10. 1) in Ansehung der Frage, welche Verfügungen des Vermächtnißträgers demselben unterliegen. Begriff der Veräußerung 66

§. 11. 2) Objekte des gesetzlichen Veräußerungsverbotes 70

§. 12. 3) Rechtsverhältniß des Dritten, an welchen der Vermächtnißträger den Vermächtnißgegenstand veräußert hat . . . 73

§. 13. 4) Einfluß der beiderseitigen bona fides 80

§. 14. 5) Ausschluß der erwerbenden Verjährung im Gefolge des gesetzlichen Veräußerungsverbotes 84

IV. Ausnahmen vom gesetzlichen Veräußerungsverbote

§. 15. Uebersicht 88

§. 16. 1) wegen Erbschaftsschulden 89

§. 17. 2) in Folge Abzugs der Falzidischen oder Trebellianischen Quart oder des Pflichttheils 99

§. 18. 3) im Falle eines fideicommissum ejus quod supererit . 115

4) im Falle der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias 119

§. 19. 5) zufolge Erlaubniß des Erblassers 121

6) zufolge Einwilligung sämmtlicher Betheiligten . . . 124

7) zufolge wirthschaftlicher Nothwendigkeit 126

§. 20. 8) zufolge selbstständigen Rechtes eines Dritten 128

9) zufolge Verhandlung des judicium familiae erciscundae unter mehreren Miterben 130

§. 21. Schlußbemerkung 132

Berichtigung.

S. 24 Zeile 9 von unten l. Note 6 statt Note 3.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen

nach römischem Rechte.

Die Wirksamkeit eines Vermächtnisses kann vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht, die Geltendmachung desselben bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes hinausgeschoben sein. Auch abgesehen von einer noch schwebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung kann es vorkommen, daß die Entrichtung des Vermächtnisses in Folge irgend eines faktischen Hindernisses einen Aufschub erleidet.

In solchen Fällen ist ein Bedürfniß vorhanden, dem Vermächtnißnehmer Sicherheit zu gewähren, daß beim Eintritt der Bedingung oder der Zeitbestimmung, beim Wegfallen des vorhanden gewesenen faktischen Hindernisses das Vermächtniß wirklich, und zwar der Willensmeinung des Erblassers gemäß zur Entrichtung gelange.

Auf Befriedigung dieses Bedürfnisses beziehen sich im römischen Rechte verschiedene Institute, nämlich die cautio legatorum servandorum causa und die damit zusammenhängende Immission des Honorirten in die Erbgüter des Onerirten; die unter Umständen erfolgende Immission in das gesammte Vermögen des Vermächtnißträgers; die allgemeine Gewährung einer in rem actio, die Einräumung von Pfandrechten, endlich das gesetzliche Veräußerungsverbot, in seinem Gefolge der gesetzliche Ausschluß der (ordentlichen) Usukapion.

Die folgende Abhandlung soll sich nun mit der Lehre vom gesetzlichen Veräußerungsverbote bei Singular- und Universal-

vermächtnissen nach römischem Rechte befassen und zwar wird im ersten Abschnitte eine geschichtliche Einleitung vorausgeschickt werden, der zweite dagegen die Darstellung des justinianeischen Rechtes enthalten.[1])

Nachdem jedoch das Verbot, das Vermächtnißgut zu veräußern, nur da in Frage kommen kann, wo der Vermächtnißträger (Erbe, Onerirte, Fiduziar) bis zur wirklichen Entrichtung oder doch bis zu einem bestimmten Zeitpunkte Eigenthum an dem Vermächtnißgute hat; so erhellt, daß die genügende Erörterung der Lehre vom gesetzlichen Veräußerungsverbote bei Singular- und Universalvermächtnissen bedingt sei von einer fortwährenden Rücksichtnahme auf die Frage, wer bis zur wirklichen Entrichtung des Vermächtnißgegenstandes Eigenthum an demselben habe.

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Einleitung.

§. 1.

Prinzip des vorjustinianeischen Rechtes.

Nach vorjustinianeischen Rechte bestand für den Vermächtnißträger kein gesetzliches Verbot, Vermächtnißgegenstände zu veräußern. Es hing vielmehr die rechtliche Wirksamkeit solcher Veräußerungen, insbesondere der Eigenthumsübergang an den

---

[1]) Aeltere Bearbeitungen dieser Lehre sind:

Rotermundt: Disputatio juridica de fideicommisso et quatenus res eodem affectae alienari possint. Erf. 1734.

Schweder: Dissertatio juridica inauguralis de alienatione bonorum fideicommisso obnoxiorum. Tub. 1765.

Schmidt: de fideicommissis quae alienari possunt et non possunt. Die letztgenannte Abhandlung (citirt bei Weishaupt, Darstellung der Lehre von Vermächtnissen Bd. 1. §. 344 S. 305) lag dem Verfasser nicht vor.

Erwerber zunächst davon ab, ob der Veräußernde Eigenthümer der veräußerten Sache war oder nicht.[1]) Ersteren Falles zog die Veräußerung die ihr entsprechende rechtliche Wirkung, den Eigenthumsübergang nach sich; während in letzterem Falle lediglich die Möglichkeit gegeben war, daß auf Seite des Erwerbers oder seiner Rechtsnachfolger durch erwerbende Verjährung Eigenthum entstand.

In den folgenden Paragraphen soll nunmehr mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Legatsformen im älteren Rechte (legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem) sowie mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen der Rechtszustand vor Justinian im Einzelnen dargestellt und nachgewiesen werden.

§. 2.

Veräußerungsbefugniß des Vermächtnißträgers.

A. bei Legaten.

1) **Legatum per vindicationem relictum.** War ein solches gültig hinterlassen und zwar **eine bestimmte Spezies ohne Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung**, so wurde nach der Ansicht der Sabinianer für den Legatar unmittelbar ohne irgend welche Vermittlung des Erben im Augenblicke der Erbschaftsantretung von selbst Eigenthum an der vermachten Sache begründet.[2]) Nach der Ansicht der Prokulejaner bedurfte es zwar hiezu der Annahme des Legats Seitens des Legatars;[3]) allein wenn diese erfolgt war,

---

[1]) Fr. 20 pr. de acquir. rer. dom. (41,1):
Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.
Fr. 54 de de R. J.: Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.

[2]) Gaj. Comm. II §. 194.

[3]) Gaj. Comm. II §. 195. Zu Gajus Zeit war diese Ansicht in Folge eines Reskriptes des Antoninus Pius die herrschende. Im

so wurde die Erwerbung auf die Zeit des Antritts zurückbezogen[3]) und angenommen, daß inzwischen die Sache Niemanden gehört habe, nicht etwa dem Erben.[4])

Da hiernach der Erbe niemals Eigenthum an der vermachten Sache hatte, so stand ihm auch in keiner Weise eine Veräußerungsbefugniß zu; vielmehr konnte der Vindikationslegatar in allen Fällen und zwar gegen Jedermann die vermachte Sache mit der rei vindicatio in Anspruch nehmen.[5])

War ein Vindikationslegat unter einer Suspensivbedingung[6]) (oder ex die incerto) hinterlassen, so betrachteten die Prokulejaner die Sache bis zum Eintritt oder bis zur Defizienz der Bedingung (des dies incertus) als Niemanden zugehörig.[7]) Dagegen nach der — im Justinianeischen Rechte rezipirten[8]) — Ansicht der Sabinianer wurde einstweilen dem Erben das Eigenthum beigelegt. Letzterer konnte somit nach Belieben über den Vermächtnißgegenstand verfügen. Wenn nun aber auch die rückwirkende Kraft der eingetretenen Bedingung nicht in so ausgedehntem Maße angenommen werden darf, daß man den ganzen Rechtszustand während der Schwebe der Bedingung für rückwärts nicht vorhanden und nichtig ansieht,[9]) so steht doch

---

Justinianeischem Rechte ist sie nicht rezipirt. Vgl. fr. 80 de leg. II, fr. 81 de leg. I, fr. 77 §. 3 de leg. II.

[3]) Vgl. fr. 44 §. 1 de leg. I.

[4]) Gaj. Comm. II §. 200.

[5]) Gaj. Comm. l. c.

[6]) Unter einer Resolutivbedingung konnte ein Legat nicht angeordnet werden. Vgl. Savigny System §. 127 B, Band III. S. 219.

[7]) Gaj. Comm. II. §. 200.

[8]) Vgl. fr. 66 de rei vind. (6,1); fr. 12 §. 2 fam. ercisc. (10,2); fr. 1 §. 4 de SC. Silan. (29,5).

[9]) Dieß geschieht z. B. von Ant. Faber Err. pragm. Dec. 78 err. 3; Glück Komm. B. XX S. 231 — 2. Sieh jedoch Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte Heidelberg 1835 Band I S. 395, 477 lit. b Anm. 2. Vgl. die die Ausdrucksweise in fr. 66 de rei vind. (6,1): non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis

andererseits nicht minder fest, daß existente conditione alle dem Rechte des Legatars zuwiderlaufenden Verfügungen des Erben, soweit sie ihre Wirkungen über den Zeitpunkt der conditio existens hinaus erstreckt haben würden, ipso jure der Resziſſion unterlagen, als wären ſie von einem Nichteigenthümer ausgegangen, und daß der Legatar die vermachte Sache gegen jeden vindiziren konnte, gerade als wenn er das Eigenthum unmittelbar vom Erblaſſer überkommen haben würde.[10]) Es geſchah dies aber nicht zufolge eines Veräußerungsverbotes, ſondern in Kraft der poſitivrechtlich anerkannten Natur der Bedingung.

In gewiſſen Fällen würde jedoch eine nachherige Reſziſſion des Geſchehenen unpaſſend, dem ſittlichen Gefühle widerſtrebend geweſen ſein, ſo die Rückgängigmachung einer Freilaſſung, die Profanirung eines Ortes, der zum locus religiosus geworden, aus dieſem Grunde fand ausnahmsweiſe eine geſetzliche Beſchränkung des Erben auch für die Zeit der Schwebe der Bedingung ſtatt.[11])

dominium speratur, si conditio legati vel libertatis existat — ſodann in fr. 105 de cond. et demonstr. (35,1) verb.: sed et imposita servitus finietur existente conditione. — Verfügungen des Erben während der Schwebe der Bedingung, welche der Sache zum Vortheile gereichen, wie z. B. der Erwerb von Servitutrechten, bleiben existente conditione aufrecht erhalten, was nicht möglich wäre, wenn existente conditione in jeder Beziehung angenommen würde, der Erbe ſei niemals Eigenthümer geweſen. Fr. 11 §. 1 quemadm. serv. amitt. (8, 6):

Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguentur, si legati conditio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium, et magis dicendum est, ut sequantur.

[10]) Vgl. fr. 69 §. 1 de leg. I; fr. 11 §. 1 cit.; fr. 105 cit. Vgl. auch fr. 16, 17 quib. mod. usufr. amitt. (7,4); fr. 81 pr. de leg. I. Arndts im Rechtslexikon Bd. VI S. 325 u. 375; Savigny Syſtem §. 120 Nr. 4 Note g (Band III S. 152—3.) Puchta Vorleſungen über das heutige römiſche Recht §. 61 Bd. I S. 130 Nr. 2.

[11]) Fr. 29 §. 1 qui et a quibus manumissi liberi (40,9): Sub conditione servus legatus pendente conditione pleno jure he-

Ob ein legatum vindicationis ex certo die hinterlassen werden konnte, läßt sich mit Grund bezweifeln. Der Statthaftigkeit desselben stand entgegen die Unmöglichkeit irgend welcher revocatio ex tunc bei einem dies certus,[12]) hiemit aber auch der Annahme eines unmittelbaren Eigenthumsüberganges von Seiten des Erblassers auf den Legatar, der beim bedingten Vindikationslegate wenigstens soweit es im rechtlichen Interesse des Legatars war, existente conditione fingirt wurde; ingleichen das im älteren Rechte allgemein geltende Prinzip der zeitlich unbegränzten Dauer eines jeden Eigenthumsrechtes, wornach beim Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes der Eigenthümer zwar obligirt sein konnte, an einen anderen sein Eigenthum zu übertragen, das Eigenthum aber — ohne daß zugleich eine revocatio ex tunc stattfand — nicht ipso jure aufhörte.[13])

---

redis est, sed nullam libertatem ab eo consequi potest, pe legatario injuria fiat. Fr. 11 de manum. (40,1): Servum qui sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit. Fr. 34 de relig. (11,7): Si locus sub conditione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum. Vgl. auch fr. 105 de cond. et dem. (35,1). Mit Unrecht stellt Mätzoll in der Gießn. Z. Bd. IX S. 90 im fr. 29 §. 1 cit. den allgemeinen Grundsatz ausgesprochen, daß der Erbe während der Schwebe der Bedingung keine Veränderungen mit der legirten Sache zum Nachtheile des Legatars vornehmen dürfe. — Richtig sind obige Stellen erklärt von Glphanus (Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis Justiniani Col. 1615) Band II. p. 184—185: Quia libertas semel data non revocatur — Et ratio de religione est, quia et religio semel impressa non facile eximi possit, est enim velut mali ominis et quasi impium ex religioso fieri profanum. Siehe übrigens auch Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 393 Anm.

12) Vgl. Sintenis von der s. g. Revokabilität der Sachenrechte in der Gießn. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß B. XX. S. 71 a. E.

13) Vgl. Vatic. fragm. §. 283 — Diocletianus: Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Siehe unten §. 5.

Die Statthaftigkeit eines betagten Vindikationslegates ist auch nicht in den Gesetzen beurkundet. Was insbesondere diejenigen Stellen aus den Digesten anlangt, auf welche man sich gewöhnlich beruft,[14]) um für das praktische Recht den Satz zu rechtfertigen, daß beim betagten Vermächtnisse Eigenthum auf Seiten des Vermächtnißnehmers erst mit dem Eintritte des dies certus entstehe, (fr. 80 de legatis II; fr. 45 §. 1 de leg. II; fr. 21 pr. quando dies legati (36, 2);[15]) so dürften sie weder

[14]) Vgl. z. B. Avelani Interpret. jur. libri duo. II. Cap. XVI. § 22 Lugd. Bat. 1736 pag. 508. Puchta Pand. §. 541, Note a; Arndts Rechtslexikon B. VI. S. 325, Note 370.

[15]) Anlangend a) das fr. 80 de leg. II, so ist dieses aus dem ersten Buch der definitiones von Papinian entnommen und lautet wie folgt:

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. Quod eo pertinet, ut si pure res relicta sit et legatarius non repudiaverit defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat nunquam factum heredis.

Bei Interpretation dieser Stelle kömmt alles darauf an, wie das Wort pure zu verstehen sei, ob im Gegensatze zur conditio und zum dies wie z. B. in fr. 5 §. 1, quando dies leg. (36,2), fr. 1 §. 9, ad SC. Treb. (36,1) — beide Stellen von Ulpian —, oder aber blos im Gegensatze zur conditio. Im ersteren Falle wäre die Zulässigkeit eines legatum per vindicationem ex certo die relictum für konstatirt zu erachten, im letzteren Falle würde die Stelle für unsere Frage irrelevant sein. Daß man nun keineswegs veranlaßt sei, das Wort pure auch im Gegensatze zu ex certo die zu nehmen, dafür mag einfach auf einen andern Ausspruch Papinians in demselben Buche seiner definitiones hingewiesen werden, nämlich auf fr. 79 de condit. et demonstr. (35,1):

Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere.

Hier ist ein legatum, ex certo die relictum, geradezu als purum bezeichnet. Wollte man nun davon ausgehen, Papinian

in dieſer Beziehung ſachdienlich, noch auch geeignet ſein, für das ältere Recht die Exiſtenz eines betagten Vindikationslegates zu konſtatiren. In einer Koderſtelle (Const. 5 quando dies (6, 53) — von Alexander 226) kömmt allerdings ein betagtes Vindikationslegat vor. Allein erwägt man, daß in dieſer Konſtitution die Verfügung des Erblaſſers fideicommissum vel legatum genannt iſt, daß im weiteren Verlaufe derſelben von einer solutio Erwähnung geſchieht, ſo rechtfertigt ſich die Annahme, daß die Worte: do lego lediglich auf einer Ungenauigkeit der Ausdrucksweiſe beruhen, deren Nichtbeachtung von Seiten des Kaiſers ſich leicht durch den Umſtand erklärt, daß

habe auch im fr. 80 cit. unter dem Wort pure das ex certo die verſtanden, ſo würde ſich allerdings aus dem fr. 80 cit. ein Argument für die Statthaftigkeit eines legatum per vindicationem ex certo die relictum entnehmen laſſen; allein in der Weiſe, daß der Legatar ſchon vor Eintritt des dies certus als Eigenthümer der vermachten Sache anzuſehen wäre. Dieß geht aber, wie weiter unten im Texte gezeigt werden wird, in keiner Weiſe an, und es erübrigt daher nur zu ſtatuiren, Papinian habe im fr. 80 cit. den certus dies gar nicht im Auge gehabt, vielmehr lediglich den Gegenſatz zwiſchen legatum purum und legatum sub conditione relictum, wie denn auch bloß dieſer Gegenſatz bei der hereditas, mit welcher das legatum in fr. 80 cit. verglichen iſt, bei der unbeſtrittenen Unzuläſſigkeit einer Erbeinſetzung ex die certo, in Frage kommen kann. Dem Geſagten zufolge ſtellt ſich aber in der That das fr. 80 cit. für unſere Frage als irrelevant heraus.

b) Das fr. 45 §. 1 de leg. II (Pomponius) lautet wie folgt:

Si sub conditione vel ex die certo nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos ante quam dies veniat vel conditio existat.

Dann das fr. 21 pr. quando dies leg. (36,2) von Paulus:

Si dies appositus legato non est, praesens debetur et confestim ad eum pertinet, cui datum est. Die adjecta, quamvis longa sit, si certa sit, veluti Calendis Januariis centesimis dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta etc.

derselbe eine Frage zu entscheiden hatte, die mit den verschiedenen Arten und Formen der Vermächtnisse gar nichts zu thun hatte.

Es läßt sich auch nicht annehmen, daß ein betagtes Vindikationslegat in der Weise möglich gewesen sei, daß der Legatar sofort als Eigenthümer der vermachten Sache angesehen, und nur seine rei vindicatio für hinausgeschoben erachtet wurde. Allerdings kann es vorkommen, daß Jemand Eigenthümer einer Sache ist, ohne sie zur Zeit mit der rei vindicatio in Anspruch nehmen zu können, so wenn er sie vermiethet, verpachtet, einen Nießbrauch an ihr konstituirt hat. Bei Anordnung eines Ver-

---

Auch diese beiden Stellen dürften nicht sachdienlich sein, um daraus zu deduziren, daß der Legatar mit Eintritt des dies certus Eigenthümer geworden, hiernach aber ein betagtes Vindikationslegat überhaupt statthaft gewesen sei. Vielmehr beziehen sich wohl beide Stellen nicht auf ein Vindikationslegat. Zwar sagt Paulus, von welchem die zweite Stelle herrührt, in fr. 70 de V. S. (50,16): Verba haec: is ad quem ea res pertinet — sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel jure civili, vel jure praetorio succedit, contineatur. Allein einerseits geht aus einer Stelle des Pomponius, von welchem das fr. 45 §. 1 cit. ist, nämlich aus fr. 181 de V. S. hervor, daß das Wort pertinere keineswegs eine so enge Bedeutung habe, wie fr. 70 cit. annehmen ließe; andererseits kömmt in Betracht, daß sowohl im fr. 45 §. 1 cit. als im fr. 21 pr. cit. gesagt ist: legatum pertinet. Paulus und Pomponius wollten aber sicherlich nicht behaupten, der Legatar habe nach dem dies cedens vor dem dies veniens kein Recht am Legate: vielmehr läßt der Zusammenhang der beiden Stellen unzweideutig entnehmen, daß Paulus wie Pomponius unter legatum pertinet ad legatarium nichts anderes verstanden wissen wollten, als legatum peti potest a legatario. Vgl. Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 474.

Wenn endlich mitunter auch auf fr. 26 de usu et usufr. (33,2) Bezug genommen wird, so kömmt in Betracht, daß diese Stelle ein Damnationslegat behandelt, hiernach aber rücksichtlich der Frage, ob es ein betagtes Vindikationslegat gegeben habe, nicht maßgebend sein könne.

mächtnisses konnte der Erblasser die Willensmeinung haben, dem Legatar sofort Eigenthum an der vermachten Sache zuzuwenden, jedoch mit der Modalität, daß er die Sache vor der Hand noch nicht an sich sollte ziehen können, sei es nun mit Rücksicht auf den Erben (oder einen Dritten), welchem er auf eine Zeitlang die Nutznießung am vermachten Gegenstande gewähren wollte, sei es mit Rücksicht auf den Legatar selbst, weil er Veranlassung hatte, ihm die Disposition über die Sache nicht sogleich anzuvertrauen. Allein die Konstituirung eines Nießbrauches durch einfache Beifügung einer Zeitbestimmung vertrug sich nicht mit der strengen Natur der alten Legate, mit dem Erforderniß der bestimmten Wortform, in welcher das ganze Verhältniß genau bezeichnet werden mußte; andererseits sagte es dem Wesen des Vindikationslegates nicht zu, daß der Erbe bezüglich der per vindicationem vermachten Sache gegenüber dem Legatar in ein fortlaufendes Obligationsverhältniß komme, was nicht zu vermeiden gewesen wäre, wenn der Erblasser den Erben stillschweigend zum Kurator oder Vermögensadministrator des Legatars gemacht haben würde.[16])

Bezeichnend ist endlich, daß in unsern Quellen (vgl. z. B. fr. 66 de rei vind.) zwar gesagt ist, daß mit dem Eintritt der conditio auf Seiten des Erben das Eigenthum an der vermachten Sache aufhöre, dabei aber in keiner Weise vom dies certus Erwähnung geschieht, obwohl es zweifelsohne nahe gelegen wäre, auch von diesem zu sprechen.

Vielleicht wurde ein betagtes Vindikationslegat nach Anleitung des SC. Neronianum aufrecht erhalten, und einen An-

[16]) Vgl. Averanii Interpr. l. c. Cap. XVI §. 26: Non potest autem legatum acquiri ante diem, quia si ante diem dominium rei legatae transiret in legatarium, posset legatarius rem suam ab herede vindicare (l. in rem in princ. D. de rei vind. §. 1 Inst. lit. de act.) atque ita legatum ante diem consequi, quod est contra mentem testatoris. Vom Standpunkt des älteren Rechts dürfte die mens testatoris nicht das ausschlaggebende Moment sein. Sieh unten §. 5.

haltspunkt hiefür dürfte die oben besprochene Const. 5 gewähren. Allein einen bestimmten Ausspruch haben wir hierüber in den Quellen nicht, die abgesehen von fraglicher Konstitution, soweit dem Verfasser bekannt, überhaupt nicht von einem betagten Vindikationslegate Erwähnung thun, was sich wohl daraus erklärt, daß ein solches Legat nicht im Rechtsleben vorkam und daher auch die Doktrin nicht Veranlassung hatte, es wissenschaftlich auszubilden, beziehungsweise die Frage über die juristische Statthaftigkeit desselben zu beantworten.

War per vindicationem alternativ oder generell legirt — so konnte nicht von einem sofortigen Eigenthumsübergange die Rede sein; dieser mußte vielmehr vermittelt werden durch die beim Vindikationslegate stets [17]) dem Legatar zustehende Wahl des zu vindizirenden Gegenstandes. War dem Legatar geradezu die Wahl unter den mehreren Gegenständen vermacht — legatum optionis seu electionis — so mußte in der That der Legatar auch selbst wählen, und konnte dieses Wahlrecht nicht vor Antretung der Erbschaft gültig ausüben, und es ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn er vor Antretung der Erbschaft, oder vor erklärter Wahl starb: [18]) gerade so wie dieß beim bedingten Legate im Falle Absterbens des Legatars ante conditionem existentem der Fall war. Beim einfachen alternativen Legate, ingleichen beim generellen wurde dagegen das Wahlrecht des Legatars nicht für ein höchst persönliches, auf die Erben unübertragbares angesehen. [19])

Immerhin rechtfertigt sich aber der Gesichtspunkt, daß das alternative und generelle Vindikationslegat rücksichtlich der Frage, welches Glied der Alternative, beziehungsweise, welche Spezies Gegenstand des Eigenthumserwerbes und der Vindikation des

[17]) Vgl. jedoch fr. 37 §. 1 de leg. I.

[18]) Fr. 16 de opt. vel elect. leg. (33,5). Arndts im Rechtslexikon Bd. VI S. 342 Note 515. Anders nach Justinianeischem Rechte. §. 33. Inst. de leg. (2,20).

[19]) Vgl. fr. 19 de opt. seu elect. leg. (33,5); fr. 12 §. 7 quando dies leg. ced. (36,2); fr. 25 §. 17 fam. ere. (10,2).

so wurde die Erwerbung auf die Zeit des Antritts zurückbezogen[3]) und angenommen, daß inzwischen die Sache Niemanden gehört habe, nicht etwa dem Erben.[4])

Da hiernach der Erbe niemals Eigenthum an der vermachten Sache hatte, so stand ihm auch in keiner Weise eine Veräußerungsbefugniß zu; vielmehr konnte der Vindikationslegatar in allen Fällen und zwar gegen Jedermann die vermachte Sache mit der rei vindicatio in Anspruch nehmen.[5])

War ein Vindikationslegat unter einer Suspensivbedingung[6]) (oder ex die incerto) hinterlassen, so betrachteten die Prokulejaner die Sache bis zum Eintritt oder bis zur Defizienz der Bedingung (des dies incertus) als Niemanden zugehörig.[7]) Dagegen nach der — im Justinianeischen Rechte rezipirten[8]) — Ansicht der Sabinianer wurde einstweilen dem Erben das Eigenthum beigelegt. Letzterer könne somit nach Belieben über den Vermächtnißgegenstand verfügen. Wenn nun aber auch die rückwirkende Kraft der eingetretenen Bedingung nicht in so ausgedehntem Maße angenommen werden darf, daß man den ganzen Rechtszustand während der Schwebe der Bedingung für rückwärts nicht vorhanden und nichtig ansieht,[9]) so steht doch

---

Justinianeischem Rechte ist sie nicht rezipirt. Vgl. fr. 80 de leg. II, fr. 81 de leg. I, fr. 77 §. 3 de leg. II.

[3]) Vgl. fr. 44 §. 1 de leg. I.

[4]) Gaj. Comm. II §. 200.

[5]) Gaj. Comm. l. c.

[6]) Unter einer Resolutivbedingung konnte ein Legat nicht angeordnet werden. Vgl. Savigny System §. 127 B, Band III. S. 219.

[7]) Gaj. Comm. II. §. 200.

[8]) Vgl. fr. 66 de rei vind. (6,1); fr. 12 §. 2 fam. ercisc. (10,2); fr. 1 §. 4 de SC. Silan. (29,5).

[9]) Dieß geschieht z. B. von Ant. Faber Err. pragm. Dec. 78 err. 3; Glück Komm. B. XX S. 231 — 2. Sieh jedoch Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte Heidelberg 1835 Band I S. 395, 477 lit. b Anm. 2. Vgl. die die Ausdrucksweise in fr. 66 de rei vind. (6,1): non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis

andererseits nicht minder fest, daß existente conditione alle dem Rechte des Legatars zuwiderlaufenden Verfügungen des Erben, soweit sie ihre Wirkungen über den Zeitpunkt der conditio existens hinaus erstreckt haben würden, ipso jure der Rezission unterlagen, als wären sie von einem Nichteigenthümer ausgegangen, und daß der Legatar die vermachte Sache gegen jeden vindiziren konnte, gerade als wenn er das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser überkommen haben würde.[10]) Es geschah dies aber nicht zufolge eines Veräußerungsverbotes, sondern in Kraft der positivrechtlich anerkannten Natur der Bedingung.

In gewissen Fällen würde jedoch eine nachherige Rezission des Geschehenen unpassend, dem sittlichen Gefühle widerstrebend gewesen sein, so die Rückgängigmachung einer Freilassung, die Profanirung eines Ortes, der zum locus religiosus geworden, aus diesem Grunde fand ausnahmsweise eine gesetzliche Beschränkung des Erben auch für die Zeit der Schwebe der Bedingung statt.[11])

dominium speratur, si conditio legati vel libertatis existat — sodann in fr. 105 de cond. et demonstr. (35,1) verb.: sed et imposita servitus finietur existente conditione. — Verfügungen des Erben während der Schwebe der Bedingung, welche der Sache zum Vortheile gereichen, wie z. B. der Erwerb von Servitutrechten, bleiben existente conditione aufrecht erhalten, was nicht möglich wäre, wenn existente conditione in jeder Beziehung angenommen würde, der Erbe sei niemals Eigenthümer gewesen. Fr. 11 §. 1 quemadm. serv. amitt. (8, 6):

Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguentur, si legati conditio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium, et magis dicendum est, ut sequantur.

[10]) Vgl. fr. 69 §. 1 de leg. I; fr. 11 §. 1 cit.; fr. 105 cit. Vgl. auch fr. 16, 17 quib. mod. usufr. amitt. (7,4); fr. 81 pr. de leg. I. Arndts im Rechtslexikon Bd. VI S. 325 u. 375; Savigny System §. 120 Nr. 4 Note g (Band III S. 152—3.) Buchta Vorlesungen über das heutige römische Recht §. 61 Bd. I S. 130 Nr. 2.

[11]) Fr. 29 §. 1 qui et a quibus manumissi liberi (40,9): Sub conditione servus legatus pendente conditione pleno jure he-

liger Uebereinſtimmung des ächten Gajus mit dem, was Theophilus ſagt, muß man annehmen, daß die Stelle in der epitome Gaji lediglich zufolge ungenauer Ausdrucksweiſe von einer vindicatio ſpreche;[32]) und man kann der Anſicht Marezoll's[33]) nicht beipflichten, welcher geſtützt auf die Stelle in der epitome Gaji, und damit eine Notiz im ächten Gajus[34]) in Zuſammenhang bringend, die Anſicht auszuführen ſucht, daß beim legatum sinendi modo der Legatar das Eigenthum an der legirten Sache in dem Augenblick erworben habe, in welchem er das Legat agnoszirt, und zugleich dem Erben angezeigt, zu erkennen gegeben habe, daß er von dem ihm mittelbar geſtatteten Vindikationsrecht Gebrauch machen wolle.

Dem Geſagten zufolge muß auch für das legatum sinendi modo relictum angenommen werden, daß der Erbe bis zur wirklichen Entrichtung des Legates, ſei es nun durch Tradition, Mankipation, Injuteceſſion der legirten Sache, oder doch durch Geſtattung der Hinwegnahme derſelben von Seiten des Legatars, Eigenthümer der legirten Sache geweſen ſei und über dieſelbe habe rechtsgültig verfügen können.

4) Legatum per praeceptionem relictum.[35]) Die Prokulejaner ſahen im Präzeptionslegat nichts anderes als ein Vindikationslegat, welches ſowohl einem Miterben als einem extraneus hinterlaſſen werden könne, und welches ſoferne die objektiven Vorausſetzungen des Vindikationslegates gegeben ſeien,

---

dem heres legatario rem quae relicta est, jubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere.

[32]) Vgl. Puchta Kurſus der Inſtitutionen Band III §. 321 Note u. — Arndts im Rechtslexikon B. VI S. 280.

[33]) a. a. O. S. 107 ff.

[34]) Gaj. II c. §. 214: Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem ut mancipet aut in jure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra testator ei imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.

[35]) Gaj. Comm. II §. 217—220.

ſofort Eigenthum auf Seiten des Präceptionslegatars, gleichviel ob dieſer Miterbe oder extraneus, begründe, außerdem aber ex SC. Neroniano aufrecht erhalten werde, und eine perſönliche Klage dem Legatar verſchaffe, dem Miterben, ſoferne die Sache wenigſtens in bonis des Teſtators war, die actio familiae erciscundae.

Dagegen hielten die Sabinianer das legatum per praeceptionem relictum für eine beſondere Legatsart, auf welche nur einem Miterben legirt werden könne, und zwar ausſchließlich eine Sache des Teſtators:[37]) dieß weil das Präceptionslegat blos mittels der actio familiae erciscundae verfolgt werden könne, das judicium familiae erciscundae ſich aber immer nur auf res hereditariae erſtrecke. War einem extraneus in der Präceptionsform legirt oder aber eine res aliena, ſo wurde das Legat zufolge des SC. Neronianum aufrecht erhalten; im erſteren Falle nicht einmal auf dieſe Weiſe, nach der Anſicht des Sabinus.

Der Präceptionslegatar hatte nach dieſer Theorie, wie erwähnt, zur Verfolgung ſeines Legates nur die actio familiae erciscundae; der Theilungsrichter im Erbſchaftsprozeſſe war darauf angewieſen, die per praeceptionem legirte Sache dem Legatar zu adjudiziren.[38]) Hieraus dürfte aber folgen, daß nach der Anſicht der Sabinianiſchen Schule der Präceptionslegatar nicht ſofort an der legirten Sache Eigenthum erwarb, wenigſtens zu derjenigen Quote nicht, welche ihm ſeine Miterben als Legat zu entrichten hatten; daß ſomit ſeine Miterben bis zur wirklichen Entrichtung, bez. bis zur Adjudikation im judi-

[37]) S. jedoch Gaj. l. c. §. 220: Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio judicis coheredes cogi posse existimant, soluta pecunia solvere eam rem, ut possit praecipere, cui ita legatum sit.

[38]) Gaj. l. c. §. 219: officio enim judicis id continetur, ut et quod per praeceptionem legatum est, adjudicetur.

cium familiae erciscundae an ſich nicht gehindert waren, über die Sache pro rata rechtsgültige Verfügung zu treffen.

§. 3.

B. bei Fideikommiſſen.

War ein Singular- oder Univerſalfideikommiß hinterlaſſen, ſo fand ein unmittelbarer Eigenthumsübergang der vermachten Sache von dem Erblaſſer auf den Fideikommiſſar nicht ſtatt. Die Folge des Fideikommiſſes war lediglich die Verbindlichkeit des Fiduziars zu reſtituiren, und der Fideikommiſſar hatte die fideicommissi veniente blos eine beim praetor fideicommissarius, bez. praeses provinciae anhängig zu machende perſönliche Klage — persecutio, petitio fideicommissi, welche nicht im ordentlichen Verfahren, ſondern im Wege einer extraordinaria cognitio verhandelt wurde.

Bei einem Singularfideikommiß wurde die Reſtitution durch Tradition, Manzipation, Injureceſſion des Fideikommißgegenſtandes bethätigt und erlangte hiedurch der Fideikommiſſar Eigenthum an der vermachten Sache.[1])

Handelte es ſich um Reſtitution eines Univerſalfideikommiſſes, ſo kam es darauf an, ob das SC. Trebellianum oder aber das SC. Pegasianum zur Anwendung gelangte. Letzteren Falles galt der Fideikommiſſar legatarii partiarii loco und erlangte gleich dieſem erſt durch wirkliche Reſtitution, d. h. Tradition, Manzipation, Injureceſſion Eigenthum an dem durch Fideikommiß hinterlaſſenen Erbſchaftstheile, bez. den dazu gehörigen Sachen.

Kam jedoch das SC. Trebellianum zur Anwendung, ſo konnte die Reſtitution ſchon durch eine gewöhnliche Willenserklärung an den Fideikommiſſar oder an deſſen Bevollmächtigten geſchehen,[2]) der Fideikommiſſar wurde hiedurch heredis loco und Eigenthümer an allen einzelnen dem Fideikommißverbande

[1]) Vgl. Walter Röm. Rechtsgeſch. II §. 639.

[2]) Fr. 37 pr. §. 2, fr. 38, 40 §. 2, fr. 41, 42, 66 §. 1 ad SC. Trebell. (36,1).

unterliegenden Gegenständen.[3]) Eine revocatio ex tunc fand jedoch nicht statt; es wurde nicht post restitutam hereditatem so angesehen, als wäre der Fiduziar von Anfang an Erbe und Eigenthümer der Erbschaftsgegenstände gewesen, sondern seine Erbsqualität wie sein Eigenthumsrecht datirte sich in jeder Beziehung erst vom Augenblicke der hereditas restituta. Ebendeßhalb läßt sich nicht mit Zimmern[4]) schon aus dem Prinzipe, daß die hereditas als universitas ex SC. Trebelliano restituirt wurde, mithin die ganze Erbschaft durch einen Akt auf den Fideikommissar kam, und dieser nunmehr heredis loco utiliter sowohl die hereditas als die einzelnen Erbschaftssachen vindiziren konnte, deduziren, daß der Fideikommissar restituta hereditate auch die vom Fiduziar veräußerte Sache durch in rem actio gegen den Besitzer in Anspruch nehmen konnte, ohne daß es eines Veräußerungsverbotes, bez. einer Rezission der geschehenen Veräußerung bedurft hätte.

Anlangend nun aber die Frage, ob es ein gesetzliches Veräußerungsverbot in Ansehung des Fideikommißgutes gegeben habe, mit der Wirkung, daß die Veräußerung eines Fideikommißgegenstandes nichtig gewesen wäre: so sprechen vorerst allgemeine Erwägungen gegen die Bejahung derselben. Die Fideikommisse, ursprünglich nur die Vermächtnißform der Peregrinen und für Peregrinen,[5]) entbehrten lange Zeit hindurch aller Erzwingbarkeit;[6]) erst unter August wurde die Möglichkeit gegeben,

---

[3]) Sein Eigenthum war aber wohl zunächst nur ein bonitarisches. Vgl. fr. 63 pr. ad SC. Treb. (36,1), fr. 24 §. 1 fam. ercis. (10,2), fr. 2 §. 19 pro emt. (41,4). Sieh Bangerow Lehrbuch der Pandekten Band I §. 295 Anm. 2 Nr. 3 lit. c (ed. VI. S. 623). Sell Römische Lehre der dinglichen Rechte — Bonn 1852 ed. II Theil I §. 13 S. 37 Nr. 3. Dagegen Marezoll a. a. O. S. 121 N. 2.

[4]) Archiv für ziv. Praxis Bd. VIII S. 157.

[5]) Gaji Comm. II §. 285; Theophili Paraphr. II, 23 §. 1.

[6]) §. 1. Inst. de fideic. hered. (2,23): Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus

die Ausantwortung von fideikommiſſariſchen Zuwendungen an die Bedachten durch Beantragung und bez. Anwendung von Zwangsmitteln herbeizuführen.[7]) Allein die Rechtshülfe wurde dem Fideikommiſſar nicht im Wege des ordentlichen Verfahrens, ſondern im Wege außerordentlicher Kognition zu Theil; er hatte keine beſondere actio, keine formula, ſondern nur einen einfachen Antrag an den Magiſtrat (persecutio, petitio fideicommissi).[8]) Die moraliſche Verpflichtung des Fiduziars war zur

---

enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Wenn Puchta (Kurſus der Inſtit. Bd. III §. 322 Note d) Bezug nimmt auf Cicero de finib. II, 18: si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae nec usquam id scripserit, nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes — ut Sex. Peducaeus — cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio — ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hereditatemque reddidit — ſo kömmt dagegen zu erinnern, daß in dieſer Stelle Cicero's das Hauptgewicht auf das thatſächliche Moment gelegt iſt, daß Niemand weder ſchriftlich noch mündlich Kenntniß von der Anordnung des Fideikommiſſes erhalten hatte, hiernach aber der Fiduziar ſich der Entrichtung deſſelben auch dann hätte entziehen können, wenn, wie nicht, die Fideikommiſſe damals ſchon rechtlich verfolgbar geweſen wären.

[7]) §. 1. Inst. cit.: Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant. Vgl. pr. Inst. de codicill. (2,25).

[8]) Gaji Inst. II §. 278, 281; Ulp. Frugm. Tit. 25 §. 12; Pauli sent. rec. IV, 1 §. 18; fr. 3 pr. de usur. (22,1),

rechtlichen geworden; das Recht schützte den Fideikommissar gegen Pflichtverletzung und Unredlichkeit von Seiten des Fiduziars; allein es wurde der Gesichtspunkt festgehalten, daß das Institut der Fideikommisse kein strengzivilrechtliches sei, sondern einen Rechtsschutz nur genieße mit Rücksicht darauf, daß Beiseitesetzung der Bitte eines Verstorbenen ein Frevel des Fiduziars wäre gegen die gute Sitte, eine Verletzung der dem Erblasser schuldigen Pietät. Diesem Charakter der Fideikommisse würde es nun sicherlich zuwider gewesen sein, wenn die Fideikommißqualität einer Sache jure civili die Nichtigkeit einer jeden Veräußerung derselben Seitens des Fiduziars, die Unübertragbarkeit des Eigenthums daran auf einen Dritten zur Folge gehabt hätte. Selbst das strengzivilrechtliche Legat konnte eine derartige Wirkung nicht äußern, um wie viel weniger das dem strengen Zivilrecht nicht angehörige Fideikommiß!

In der That ist uns keine Gesetzesstelle überliefert, welche direkt das Verbot der Veräußerung von Fideikommißgut und die Nichtigkeit einer gleichwohl vorgenommenen Veräußerung aussprächе, hiemit also die Unveräußerlichkeit von Fideikommißgut statuirte. Vielmehr wird in mehreren Gesetzesstellen von dem Falle der Veräußerung des Fideikommißgutes durch den Fiduziar in einer Weise gesprochen, welche den Schluß zuläßt, eine vom Fiduziar vorgenommene Veräußerung sei vollkommen gültig und wirksam gewesen. Solche Stellen sind z. B. fr. 3 §. 3, fr. 25 §. 2, fr. 70 §. 1 ad SC. Trebellianum (36, 1). [2]) Bestand

---

Hie und da wird übrigens uneigentlich das Wort actio gebraucht z. B. in fr. 78 §. 3 de leg. II.

[2]) Fr. 3 §. 3 cit.: Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputantur heredi. Vgl. unten §. 17 Note 5.

Fr. 25 §. 2 cit.: Si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri jussit, fidei ejus commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae restitueret, et filius, quum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse jussit, heredes filii pretium ejus servi sorori defuncti praestare debent, libertate favore sui servata.

aber in Wirklichkeit ein Veräußerungsverbot nicht, ſo erlangte der Dritte, an welchen der Fiduziar eine mit der Fideikommißqualität behaftete Sache veräußerte, durch die Veräußerung Eigenthum daran, und konnte mit der Vindikationsklage nicht auf Rückgabe in Anſpruch genommen werden, weder von ſeinem Autor, dem Fiduziar, noch auch, in Folge freiwilliger oder erzwungener Zeſſion von dem Fideikommiſſar. Nicht ausgeſchloſſen war, daß der Fideikommiſſar auch nach geſchehener Veräußerung vom Fiduziar die Sache ſelbſt in Anſpruch nahm: denn die Befugniß des Fideikommiſſars, die Sache ſelbſt vom Fiduziar einzuklagen, konnte durch eine immerhin pflichtwidrige Veräußerung

---

Hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilominus heredes ejus pretium praestare debebunt, ne factum ejus alteri damnum afferat. Die in dieſer Stelle ausgeſprochene Rechtsgültigkeit der vom Fiduziar vorgenommenen Freilaſſung wird von Zimmern (Archiv für zv. Praxis Bd. VIII S. 156) aus dem beſondern favor libertatis erklärt. Allein vgl. dagegen Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 203. lit. a. Kein Grund iſt vorhanden, mit Anton Faber (Err. Pragm. Dec. 70 err. 7, Dec. 88 err. 2) die Worte: libertate favore sui servata für einen Tribonianism zu erklären. Sieh übrigens unten Note 24 und 26 insbeſondere auch §. 10 a. E.

Fr. 70 §. 1 cit.: Si heres, antequam fideicommissam hereditatem restitueret, alienaverit quid ex hereditate, aut servum hereditarium manumiserit, aut ruperit quid vel fregerit, vel usserit, non competit in eum ulla civilis actio, restituta postea hereditate ex Trebelliano senatusconsulto, sed ex fideicommissi causa erit hoc quod deperierit, persequendum. Sin vero post restitutam hereditatem horum quid admiserit heres, dicendum est, lege Aquilia cum eo agi posse, si servum forte hereditarium aut vulneraverit, aut occiderit. Vgl. Roßhirt a. a. O. Ant. Faber l. c. Dec. 88 err. 2. —

Auf fr. 25 §. 16 de hered. pet. (5,3) ſowie auf fr. 54 ad SC. Treb. (36,1) kann an dieſem Orte nicht Bezug genommen werden, da dieſe Stellen lediglich von dem beſonderen Falle des fideicommissum ejus quod supererit reden. S. unten §. 18. Vgl. Ant. Faber l. c. err. 1.

Seitens des Letzteren nicht alterirt werden, und es bieten daher diejenigen Stellen, die lediglich von einer Inanſpruchnahme der veräußerten Sache gegenüber dem Fiduziar ſprechen, wie z. B. fr. 92 pr. de legat. I, fr. 77 §. 27 de legat. II, keine Schwierigkeit dar.[10]) Anders verhält es ſich mit mehreren andern Stellen, welche die Möglichkeit der Inanſpruchnahme des dritten Erwerbers von Fideikommißgut ſtatuiren oder wenigſtens vorausſetzen und es kömmt zu unterſuchen, ob fragliche Stellen die Annahme, daß ein Veräußerungsverbot beſtanden, nothwendig machen oder aber ob ſie ſich auf andere Weiſe erklären laſſen.

Fragliche Stellen ſind insbeſondere:

1) fr. 89 §. 7 de legat. II.[11])

---

[10]) Fr. 92 pr. cit.: Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum reditum ejus fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium, praesente et assignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium ejus restitui debere. Marcellus notat: Si fundum restituere malit heres, audiendum existimo. Vgl. unten §. 19 zu Nr. 6.

Fr. 77 §. 27 cit.: Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet; eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui judicio paruerunt, alioquin perabsurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, quum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverint, ceterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet; qui vero tardius vendidit, ei qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur; at si nemo vendiderit, et novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit.

Vgl. auch fr. 67 §. 3—6 de leg. II.

[11]) Fr. 89 §. 7 cit.: Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cujus post mortem codicillos aperiri testator praecepit; praedium hereditarium uxor, infructuosum rationi suae existimans, vendidit.

Der Juriſt wirft die Frage auf, ob der Fideikommiſſar das dem Fideikommißverbande unterliegende, allein von der Fiduziarin verkaufte Grundſtück vom Käufer in Anſpruch nehmen könne oder auf Entſchädigung des Werthes gegenüber dem Erben der Fiduziarin beſchränkt ſei. Dieſe Frage wird dahin beantwortet, daß der Fideikommiſſar lediglich den Werth des Grundſtückes verlangen könne, weil ſowohl die Fiduziarin als der Käufer zufolge entſchuldbaren Irrthums die Fideikommißqualität des Grundſtückes nicht gekannt hätten.

2) fr. 109 §. 1 de legat. I.[12])

Der Erbe ſollte entweder einen fundus oder 100 als Fideikommiß geben, verkaufte aber das Grundſtück an den Titius. Nun ſagt Afrikan, daß Titius das Grundſtück nicht herauszugeben brauche, wenn er dem Fideikommiſſar 100 bezahle.

3) fr. 69 §. 1 de leg. II.[13])

Der Käufer eines praedium, welches der Familie des Erb-

Emtor quaerit: an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur? Respondi: propter justam ignorantiam tam mulieris, quam emtoris heredem mulieris, ut fundus apud emtorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.

[12]) Heres, cujus fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit. Quum electio ei relinquatur, utrum malit, dandi, ut tamen alterum solidum praestet, Praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem; ita enim eadem causa constituetur, quae futura esset, si alienatus fundus non fuisset, quando etiam adversus ipsum heredem officium Praetoris sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non praestaretur, neque pluris, neque minoris, quam centum aestimaretur.

[13]) Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere potest, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem ejus non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

laſſers fideikommiſſariſch hinterlaſſen war, ſoll ausnahmsweiſe auf Lebenszeit des Fiduziars daſſelbe zurückbehalten dürfen, wenn letzterer nicht freiwillig verkauft hat, ſondern ihm in Folge von Ueberſchuldung die Güter verkauft wurden. Dagegen ſoll in Gemäßheit von

4) fr. 69 §. 3 eod.[14]) abgeſehen von dem bemerkten Ausnahmsfalle die Fideikommißfolge eröffnet ſein im Augenblicke der geſchehenen Veräußerung. In letzterer Stelle heißt es zunächſt:

si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerint.

Allein der zunächſt Berufene ſoll nur zugelaſſen werden,

si paratus sit cavere, se familiae domum restituturum.

Für den Fall, daß er gleichwohl zugelaſſen wurde, fügt der Juriſt bei:

si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit.

Hiernach ſetzt aber das fr. 69 §. 3 cit. unzweifelhaft voraus, daß das dem fideikommiſſariſchen Verbande unterliegende Haus ungeachtet der vom Erben vorgenommenen Veräußerung oder Hinterlaſſung an einen extraneus wieder in den Beſitz der Familie gebracht werden könne.

---

[14]) Fratre herede instituto petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur; si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerint. Quid ergo, si non sint ejusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus; nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere, se familiae domum restituturum. Quodsi cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto juste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.

5) fr. 88 pr. de leg. III.[15])

Der Erbe hatte den im Pfandnexus ſtehenden Fideikommißgegenſtand demjenigen neu verpfändet, der das Geld zur Befriedigung des erſten Pfandgläubigers vorgeſtreckt hatte. Scävola antwortet auf die Frage, an pignus recte contractum esset — Folgendes:

secundum ea, quae proponerentur, recte contractum.

Er bejaht alſo die Frage nicht unbedingt, ſondern mit Rückſicht auf die beſondere Modalität des Falles.

Ingleichen beantwortet er in dem Falle, wenn zum Zwecke der Bezahlung von Erbſchaftsſchulden Fideikommißgut veräußert worden, die Frage:

an emtores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint —

[15]) Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservare liberis ex justis nuptiis et ceteris cognatis fideicommiserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit. Quaesitum est: an pignus recte contractum esset? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, recte contractum. Idem quaesiit: quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emtores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolveret.

Vgl. ferner fr. 78 §. 4 de leg. II: Si creditor ab eo, qui testamentum fecit, domum acceptam jure pignoris vendidit, contra emtorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur. — S. auch fr. 37 pr. de leg. III; Const. 11 de fideicomm. (6,42) — §. 19 Note 3.

Die Ausdrucksweiſe: an pignus recte contractum esset — an emtores bene emerint läßt nicht nothwendig darauf ſchließen, daß, wenn kein Pfandnexus beſtanden hätte, wenn Erbſchaftsſchulden nicht zu bezahlen geweſen wären, die erfolgte theilweiſe oder gänzliche Veräußerung nulli und nichtig geweſen ſein würde; eben ſo wenig als die Worte: eam servandam esse in fr. 114 §. 14 de leg. I (ſieh die nächſte Note), die Worte: an jure fundum alii vendere possit? in fr. 37 pr. de leg. III.

dahin:

secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolveret.

Einigen der aufgeführten Stellen liegt der Fall zu Grunde, daß der Teſtator ausdrücklich die Veräußerung unterſagt hat, und es liegt die Annahme nahe, daß, wenn auch nicht ein geſetzliches Veräußerungsverbot mit der Wirkung beſtand, daß eine gleichwohl vorgenommene Veräußerung jure civili nichtig geweſen wäre, die Unveräußerlichkeit des Fideikommißgutes wenigſtens durch ein teſtamentariſches Veräußerungsverbot habe begründet werden können. Dieſe Annahme ſcheint unterſtützt zu werden durch ein Reſkript von Sever und Antonin in fr. 114 §. 14 de leg. I. [16]) Allein die Worte: eam servandam esse bilden blos den Gegenſatz zum nudum praeceptum, und zu den Worten: nullius esse momenti scripturam; es iſt lediglich geſagt, daß im Falle der Erlaſſung des Veräußerungsverbotes zu Gunſten einer beſtimmten Perſon das Veräußerungsverbot den Erben rechtlich verpflichte; keineswegs iſt die Nichtigkeit der Veräußerung ſtatuirt. [17]) — Außerdem kömmt Folgendes zu berückſichtigen. Das teſtamentariſche Veräußerungsverbot wurde

[16]) Divi Severus et Antoninus rescripserunt: eorum qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi inveniatur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum sit, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possint dicere. Quodsi liberis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi esse. Nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequentur.

[17]) Die Const. 5 de leg. (1,14), auf Grund welcher allenfalls eine weitergehende Bedeutung der Worte: eam servandam esse, anzunehmen verſucht werden möchte, iſt viel ſpäter, nämlich erſt im Jahre 439 unter Theodoſius II erlaſſen worden.

in Gemäßheit des fr. 114 §. 14 cit., wenn es nudum praeceptum war, gar nicht beachtet:[15]) es hatte rechtliche Gültigkeit

[15]) Vgl. auch fr. 38 §. 4 de leg. III: Julius Agrippa primipilaris testamento suo cavit, ne ullo modo reliquias ejus, et praedium suburbanum aut domum majorem heres ejus pignoraret aut ullo modo alienaret; filia ejus heres scripta heredem reliquit filiam suam, neptem primipilaris, quae easdem res diu possedit, et decedens extraneos instituit heredes. Quaesitum est: an ea praedia extraneus heres haberet, an vero ad Juliam Domnam, quae habuit patruum majorem Julium Agrippam pertinerent? Respondi: quum hoc nudum praeceptum esset, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad heredes pertinerent. Ebenſo die Entſcheidung in fr. 93 pr. eod. — Einige Schwierigkeit bietet fr. 38 §. 7 de leg. III: Mater filios heredes scripserat et adjecit: praedia quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa abalienent, sed conservent successioni suae, deque ea re invicem sibi caverent. Ex his verbis quaesitum est, an praedia per fideicommissum relicta videantur? Respondit, nihil de fideicommisso proponi. Um den Widerſpruch mit fr. 114 §. 14 de leg. I zu vermeiden, muß man wohl nach dem Vorgange von Bartolus davon ausgehen, daß die Erblaſſerin unter der successio ihrer Söhne lediglich die unbeſtimmten Univerſalſucceſſoren derſelben verſtanden habe. Iſt dem ſo, dann erklärt es ſich vollkommen, warum der Juriſt im gegebenen Falle das Vorhandenſein einer fideikommiſſariſchen Anordnung in Abrede ſtellte. Vgl. Gothofred in ſeiner Ausgabe des Corp. jur. zur bemerkten Stelle. — Uebrigens konnte der Erblaſſer, wenn er ohne Fideikommißanordnung ſeinem Veräußerungsverbote rechtliche Geltung verſchaffen wollte, dieß dadurch bewirken, daß er für den Fall der Uebertretung des Verbotes über den betreffenden Gegenſtand fideikommiſſariſch verfügte. Vgl. fr. 38 §. 3 und 5 de leg. III. S. Ant. Faber Err. Pragm. Dec. 87 err. 10. Im §. 3 cit. drücken die Worte: ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat lediglich die Erwartung des Erblaſſers aus, daß ſein Sohn aus Anlaß der eventuellen Fideikommißanordnung das Verbot der Veräußerung in der That reſpektiren werde. Weder im Falle des §. 3 noch in dem des §. 5 cit. iſt in erſter Linie ein Fideikommiß (zu

nur dann, wenn es zum Vortheile einer beſtimmten Perſon erlaſſen war, und hiernach die Errichtung eines Fideikommiſſes involvirte. Nun war ohnehin in jeder fideikommiſſariſchen Auflage des Erblaſſers, eine Sache zu reſtituiren, ſtillſchweigend ein Veräußerungsverbot desſelben enthalten; es mußte ſtets ſeine Willensmeinung ſein, daß der Erbe die zu reſtituirende Sache nicht veräußere, noch ſonſt wie rechtlich darüber verfüge. Wenn er ausdrücklich die Veräußerung unterſagt hatte, ſo war dieß nur eine beſondere Form der Anordnung des Fideikommiſſes, die hauptſächlich da angewandt wurde, wo der Erblaſſer nicht eine einmalige Reſtitution verfügen wollte, ſondern ſeine Abſicht war, den Gegenſtand des Fideikommiſſes in der Familie, in der Genoſſenſchaft der Freigelaſſenen dauernd zu erhalten.[12])

Gunſten der Familie, bez. der colliberti) in Frage; nur wird im §. 5 die in Mitte liegende Veräußerung an colliberti deßhalb nicht beanſtandet, weil secundum voluntatem defunctae die colliberti ex illis geweſen ſeien, quibus permiserat testatrix venumdari.

Eine ſinguläre, jedoch leicht zu erklärende Ausnahme enthält Const. 2 de usucap. pro emtore vel transactione (7,26): Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Vgl. hierüber Wangerow Lehrb. d. Pand. ed. VI. §. 317 Anm. a. E. Bd. I. S. 672; Schmid Handbuch des gem. deutſchen bürg. Rechts Beſ. Th. I. S. 212—3 Note 52 Mommſen Beiträge zum Oblig. R. I. Abth. S. 22 Note 1.

[12]) Vgl. z. B. fr. 114 §. 15 de leg. I: ne fundum alienaret et ut in familia relinqueret; fr. 67 §. 5 de leg. II: peto ne fundus de familia exeat; fr. 69 §. 3 eod.: petiit ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur; fr. 77 §. 27 eod.: Libertis praedium reliquit, ac petiit ne id alienarent, atque in familia libertorum retinerent; fr. 78 §. 3 eod.: Praedium pater de familia liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuit; fr. 38 pr. de leg. III: Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservare liberis ex justis nuptiis et ceteris cognatis fideicommiserat; fr. 77

Dem Gesagten zufolge muß man aber Bedenken tragen, dem bloß formelle Bedeutung habenden Veräußerungsverbote des Erblassers die besondere Wirkung der zivilrechtlichen Nichtigkeit einer gleichwohl vorgenommenen Veräußerung beizulegen, und auf diese Weise die Möglichkeit der Inanspruchnahme des dritten Erwerbers von Fideikommißgut zu rechtfertigen.

Wohl aber lassen sich die mehrerwähnten Gesetzesstellen, (die ohnehin nicht sämmtlich eines testamentarischen Veräußerungsverbotes Erwähnung thun) dadurch erklären, daß man sie in Zusammenhang mit einem Institute des vorjustinianeischen Rechtes bringt, nämlich mit dem außerordentlichen Rechtsmittel der in rem missio. [20])

Die in rem missio ist uns nur durch wenige Stellen bekannt.

Justinian hob in der Const. 1 communia de legatis et fideicommissis (6, 43), in welcher er die in rem actio der Legatare generalisirte und sie auch den Fideikommissaren einräumte, die in rem missio auf —

Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, —

nachdem er unmittelbar vorher von ihr gesagt hatte:

quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus?

In der Const. 3 eod. führte er das gesetzliche Verbot, Vermächtnißgut zu veräußern, ein und leitete die desfallsige Verfügung wie folgt ein:

Sed quia nostra majestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem et hypothecarias dedimus,

---

§. 11 eod.: Fidei heredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienent, et ne de familia nomina mei exeat.

[20]) Glücks Kommentar Bd. XIX. S. 166 Note 63; Felsecker de exsequitione legatorum et fideicommissorum Bamb. 1827 §. 28 et 29 p. 39 sq. Marezoll a. a. O. S. 130—134 u. S. 306—310; Bangerow Leitfaden §. 532 Anmerkung — Bd. II. S. 470; Rossirt a. a. O. I. S. 196 Anmerkung 2.

et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus.

In der Novelle 39 gestattete er die Verwendung des Fideikommißgutes zum Zwecke der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, und kömmt dabei (in der praefatio) wiederholt auf die aufgehobene in rem missio zurück:

Et introducebantur etiam fideicommissi persecutiones et ex inopia in rem missiones et plurimi alii et varii et insolubiles paene praedictae in rem missionis circuli.

Dieß die Stellen im Corp. jur., welche von der in rem missio Erwähnung thun. In den Digesten kömmt sie dem Namen nach nicht vor, was wohl daraus zu erklären ist, daß Justinian die in rem missio vollständig aufhob.

Zwar suchte Löhr[21]) auszuführen, daß mit der in rem missio die wegen verweigerter cautio legatorum servandorum causa im früheren Rechte begründete Mission abgeschafft worden sei. Allein dieser Ansicht stehen innere wie äußere Gründe entgegen und mit Recht haben sich fast alle Schriftsteller dagegen erklärt.[22]) Man muß vielmehr die in rem missio als eine besondere von der missio in bona im Falle verweigerter cautio legatorum servandorum causa wesentlich verschiedene Rechtshülfe auffassen.

Worin sie bestanden, findet sich angedeutet in einer Stelle in den receptae sententiae des Julius Paullus, wo es IV, 1 §. 15 heißt:

Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens comparaverit, nihilominus in possessionem ejus fideicommissarius mitti jure desiderat.[23])

---

[21]) Löhr in seinem Magazin Bd. III S. 195 und im Archiv für ziv. Praxis Bd. V S. 208 ff. Note 3. Ihm stimmt bei Zimmern in seiner Geschichte des Röm. Priv. R. Bd. III §. 86 zu Note 3.

[22]) Sieh insbesondere Felsecker, Marezoll und Bangerow a. a. O.

[23]) Die s. g. interpretatio lautet folgendermaßen: Si rem, quae fideicommisso alicui relicta est, cuicunque heres vendiderit, et

Hiernach wurde im Falle der Veräußerung des Fideikommißgegenstandes an einen mit dem Vermächtnisse bekannten Erwerber der Fideikommissar vom praetor fideicommissarius mittels einer extraordinaria in rem missio gleichwohl in die Sache[24]) selbst eingewiesen.

Der Prätor ging hiebei wohl von dem Gesichtspunkte aus, daß zwar zunächst nur der Fiduziar aus dem Fideikommisse verpflichtet sei, den Gegenstand desselben dem Fideikommissar zu restituiren, der Anspruch des letzteren nur ein persönlicher, an und für sich gegen einen Dritten nicht verfolgbarer sei, daß aber es keineswegs gegen das Rechtsbewußtsein verstoße, in dem Falle gegen den dritten Erwerber von Fideikommißgut dem Fideikommissar Rechtsschutz zu gewähren, wenn der Dritte, Kenntniß habend von dem Fideikommisse, von der Verpflichtung des Fiduziars, nicht zu veräußern, gleichwohl sich mit dem Fiduziar auf ein Kauf- oder sonstiges Geschäft eingelassen, und dadurch gewissermassen an der Pflichtverletzung des Fiduziars Theil genommen hatte.

---

eam sciens relictam alii aliquis comparaverit, fideicommissarius in possessionem sibi deputatam mitti jure deposcit. Vgl. auch Cujac. ad Paul. l. c.

Ohne Grund nimmt Felsecker l. c. an, daß auf das außerordentliche Rechtsmittel der in rem missio auch Legatare Anspruch gehabt hätten.

[24]) Die Freilassung eines Sklaven konnte in keiner Weise rückgängig gemacht werden, das außerordentliche Rechtsmittel der in rem missio naturgemäß da nicht in Frage kommen, wo es sich um einen frei gewordenen Menschen handelte. Dieß hatte vielleicht Julian im fr. 25 §. 2 ad SC. Treb. (36,1) (sieh oben Note 9) bei den Worten libertate favore sui servata im Auge gehabt. (Diese Annahme wird auch durch den Umstand nahe gelegt daß im Falle des fr. 25 §. 2 cit. genau so wie im Falle des fr. 89 §. 7 de leg. II (sieh oben Note 11) die Fideikommißanordnung in einem Kodizille erfolgt war, dessen Eröffnung der Testator auf die Zeit nach dem Tode des Fiduziars verschoben hatte.) Vgl. unten §. 10 a. E.

Das fr. 89 §. 7 de leg. II. legt nicht blos auf den entschuldbaren Irrthum des Käufers, sondern auch auf den des Verkäufers Gewicht und in der That spricht sehr viel für die Annahme, daß das außerordentliche Rechtsmittel der in rem missio in dem (freilich wohl nur selten vorgekommenen) Falle zessirt habe, wenn dem Fiduziar aus entschuldbarem Irrthum das Fideikommiß gar nicht bekannt war. Denn die Rücksicht auf die gute Sitte, auf die dem Verstorbenen von Seiten des Vermächtnißträgers schuldige Pietät war es, welche überhaupt zu rechtlicher Anerkennung der Fideikommisse, zur Gewährung einer Klage geführt hatte. Veräußerte aber der Fiduziar — und dieser war allein durch das Fideikommiß verpflichtet —, ohne vom Fideikommiß Kenntniß zu haben, und auch ohne, daß ihm Unwissenheit mit Recht zur Last gelegt werden konnte: so war kein Grund vorhanden, ihn der Impietät gegen den Verstorbenen, der Verletzung der guten Sitte anzuklagen.

Wäre nun der Prätor hiebei stehen geblieben, hätte er nur unter der Voraussetzung beiderseitiger mala fides d. h. Kenntniß der Fideikommißqualität sowohl von Seiten des Fiduziars, als von Seiten des Käufers dem Fideikommissar Rechtshülfe gegen den dritten Erwerber durch missio in rem gewährt: so würde ein solcher Rechtszustand keineswegs in besonderem Grade anomal gewesen sein. Allerdings anomal im Verhältniß zum strengen Zivilrecht, das die geschehene Veräußerung als gültig, das Eigenthum als auf den Erwerber übergegangen um so mehr anerkennen mußte, als ihm überhaupt die Fideikommisse fremd waren; anomal selbst vom Standpunkte des Fideikommißrechtes, so ferne nämlich der Fideikommissar an und für sich nur einen persönlichen Anspruch gegen den Fiduziar hatte. Dagegen vom Standpunkte der prätorischen Rechtsentwicklung, welche den Sieg des materiellen Rechtes, den Sieg des bonum et aequum anstrebte, ließ sich die Einweisung des Fideikommissars in das vom dritten Besitzer mala fide erworbene Fideikommißgut recht wohl erklären und rechtfertigen.

Nachdem jedoch einmal die Inanspruchnahme des dritten Besitzers überhaupt zugelassen, im Rechtsbewußtsein des Volkes

gebilligt war, fing der Prätor, wie es scheint, an, eine in rem missio dem Fideikommissar auch dann zu ertheilen, wenn die Voraussetzung der beiderseitigen mala fides nicht gegeben war; selbst in dem Falle, wenn der Käufer des Fideikommißgutes dasselbe unbekannt mit der Fideikommißqualität erworben hatte. Hierauf deutet hin, daß abgesehen von der Stelle in den Rec. Sentent. des Paullus — die übrigens auch nur die mala fides des Käufers erwähnt — lediglich im fr. 89 §. 7 cit. die bona fides des Verkäufers wie die des Käufers als die Inanspruchnahme des Käufers ausschließend hingestellt ist; daß ferner im fr. 38 de leg. III. cit. nur für den Fall der Ueberschuldung des Nachlasses, beziehungsw. Insuffizienz des vom Fideikommißverbande freien Vermögens die Veräußerung von Fideikommißgut aufrecht erhalten wird, obwohl in dem zur Entscheidung vorgelegenen Falle die Käufer vom Fideikommisse keine Kenntniß gehabt hatten, nicht minder, daß im fr. 69 §. 1 de leg. II. cit. dem dritten Besitzer des Fideikommißgegenstandes die Verpflichtung zur Herausgabe in Aussicht gestellt wird, obwohl derselbe dem Fiduziar im Wege der Zwangsversteigerung verkauft worden war.

Der Umstand, daß lediglich fr. 89 §. 7 cit. die beiderseitige ignorantia hervorhebt, könnte zu der Annahme führen, daß ausschließlich dieses Fragment im Zusammenhang mit dem außerordentlichen Rechtsmittel der in rem missio stehe, nicht aber die übrigen; letztere vielmehr gleichwohl aus einem gesetzlichen oder testamentarischen Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge habenden Veräußerungsverbote erklärt werden müssen: und in der That hat bis jetzt die Doktrin lediglich das fr. 89 §. 7 cit. auf die in rem missio bezogen.[25]) Allein, daß in Ansehung der

[25]) Sieh übrigens Cujac. Comm. ad Afric. Tractat. VI ad fr. 109 de leg. I (oben Note 12): (Fideicommissi persecutio fideicommissario est, non in heredem tantum, sed etiam in emptorem et quemlibet possessorem fundi, quod nullus locus est in jure, qui manifestius probet, quam hic. Educi quidem id etiam potest ex l. qui solidum §. ult. tit. seq. (fr. 78

Fideikommisse ein gesetzliches Veräußerungsverbot mit der Wirkung der zivilrechtlichen Unveräußerlichkeit des Fideikommißgutes bestanden habe, oder aber an ein testamentarisches Veräußerungsverbot diese Wirkung vom Gesetze geknüpft worden sei, dürfte den bisherigen Ausführungen zufolge bei weitem unwahrscheinlicher sein, als die Supposition, der Prätor habe, nachdem einmal gegen den dritten Erwerber von Fideikommißgut eine außerordentliche Rechtshülfe zugelassen war, diese auch in solchen Fällen gewährt, wo die ursprünglich verlangten Voraussetzungen nicht gegeben waren.

Ist aber letzteres der Fall, so sind die mehrbemerkten Digestenstellen erklärt, ohne daß es nöthig ist, die zivilrechtliche Unveräußerlichkeit des Fideikommißgutes (für das ältere Recht [25a]) zu statuiren, bez. ein gesetzliches Veräußerungsverbot oder aber ein testamentarisches mit der bemerkten Wirkung anzunehmen. [26])

§. 4 de leg. II; s. oben Note 15) et l. pater §. 1 tit. 3 (fr. 38 §. 1 de leg. III) sed non tam facili negotio. Fuit igitur fideicommissi persecutio in rem, non in personam — vgl. mit Cujac. Expos. Nov. 39: Olim erat in heredem persecutio extraordinaria interventu praetoris fideicommissarii: et herede non existente solvendo, in extraneum possessorem solemnis in rem missio: hodie est persecutio ordinaria in quemlibet possessorem. S. auch Cujac. Paratitla in libr. VI Cod. ad Tit. 43. — Ueber fr. 109 cit. vgl. noch unten Note 28.

[25a]) Nur von diesem ist hier, wie auch oben S. 19, die Rede. Vom Standpunkte des Justinianeischen Rechtes aus sind fragliche in das Corpus juris aufgenommenen Stellen mit Rücksicht auf Const. 1 und 3 commun. de leg. et fid. zu erklären. Vgl. unten §. 8 Noten 5, 6; §. 10 Note 2; §. 13; §. 16 Note 9.

[26]) Ant. Faber, welcher für das ältere Recht ohne Ausnahme die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung von Fideikommißgut behauptet, allein auf die in rem missio keine Rücksicht nimmt, will in fr. 89 §. 7 cit. die Worte ut fundus apud emtorem remaneat, ingleichen wie in fr. 25 §. 2 ad SC. Treb. (s. oben Note 9) die Worte libertate favore sui servata für eine Interpolation Tribonians angesehen wissen, veranlaßt durch die, Unveräußerlichkeit von Fideikommißgut statuirende Const. 3 commun.

Das Einzelne der in rem missio ist und bleibt freilich immerhin zweifelhaft. Doch dürfte mit Rücksicht auf die in den Quellen enthaltenen Anhaltspunkte folgende Theorie des außerordentlichen Rechtsmittels der in rem missio als wahrscheinlich bezeichnet werden.

Der Fideikommissar stellte die fideicommissi veniente[26a]) gegen den Fiduziar die petitio fideicommissi auf Restitution des Fideikommißgegenstandes an.[27]) Der Umstand, daß dieser veräußert worden, änderte hieran nichts. Auch wenn die Voraussetzungen der in rem missio gegeben waren, konnte sich der Fideikommissar nicht sofort an den Besitzer wenden; er war in erster Linie stets an den Fiduziar gewiesen; wohl deßhalb spricht Justinian von den ambages in rem missionis. Konnte der Fiduziar die Sache, um welche es sich handelte, herbeischaffen und dem Fideikommissar restituiren, so hatte es natürlich hiebei sein Bewenden. Wenn nicht, so hatte es der Fideikommissar in der

---

de leg. et fideic. (6,43). Derselbe interpretirt das fr. 89 §. 7 cit. dahin, die Erben der Fiduziarin seien, weil letztere in entschuldbarer Unkenntniß von der Fideikommißqualität veräußert habe, lediglich gehalten, den Werth des fundus zu prästiren, während sie entgegengesetzten Falles dem Fideikommissar das gesammte Interesse hätten leisten müssen. — arg. fr. 63 de leg. II: Si heres rem legatam ignorans in fundo consumsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quo minus possideret, sed per in factum actionem legatario consuliter, ut indemnitas ei ab herede praestetur. Ers. Pragm. Dec. 70 err. 7; Dec. 88 err. 2.

[26a]) Im Falle eines ausdrücklichen Veräußerungsverbotes des Erblassers bez. der Anordnung eines Familienfideikommisses führte eine Veräußerung Seitens des Fiduziars, abgesehen von dem Falle des Zwangsverkaufes in Folge Ueberschuldung, den Eintritt der Fideikommißfolge herbei. Siehe oben S. 22—23 Nr. 3—4.

[27]) Die petitio fideicommissi ging niemals gegen den dritten Besitzer, wie dieß auch im Justinianeischen Rechte nicht der Fall ist. Vgl. fr. 92 pr. de leg. I; fr. 67 §. 3—6, fr. 69 §. 3, fr. 77 §. 27 de leg. II (s. oben Noten 10 u. 14).

Hand, vom Fiduziar Entschädigung zu verlangen, deren Leistung die Inanspruchnahme des dritten Erwerbers ausschloß. Er konnte aber auch, wenn vom Fiduziar wegen in Mitte liegender Veräußerung der Fideikommißgegenstand nicht mehr zu erlangen war, beim praetor fideicommissarius eine missio in rem gegen den dritten Erwerber beantragen. Ursprünglich war Voraussetzung hievon, daß sowohl der veräußernde Fiduziar, als der dritte Erwerber von dem Fideikommisse Kenntniß gehabt hatten. In der späteren Entwicklung des Institutes ward jedoch auf dieses Moment wenigstens dann keine Rücksicht mehr genommen, wenn der Testator die Veräußerung ausdrücklich untersagt, oder aber, positiv sich ausdrückend, verordnet hatte, der Gegenstand solle in der Familie ꝛc. verbleiben: in gleicher Weise auch dann, wenn der Fiduziar insolvent geworden, daher von ihm keine Entschädigung zu erholen war.[25])

[25]) Das schon mehrmals berührte fr. 109 §. 1 de leg. I ist wohl auch von einem Falle zu verstehen, wo vom Fiduziar selbst wegen Insolvenz nichts zu erholen war. Das vom Erblasser angeordnete Fideikommiß ist ein alternatives (fundum aut centum). Indem der Fiduziar, welchem die Wahl zustand, den fundus veräußerte, bethätigte er seinen Willen, den fundus nicht als Fideikommiß zu prästiren und es ist auf den ersten Blick nicht abzusehen, wie die Inanspruchnahme des dritten Erwerbers überhaupt in Frage kommen konnte. Nimmt man aber die Insolvenz des Fiduziars an, so rechtfertigt sich der Gesichtspunkt, daß die vom Fiduziar durch die Veräußerung des fundus bethätigte Wahl zwischen den zwei Gliedern der Alternative für den Fideikommissar nicht bindend gewesen, und es erklärt sich, wie der Fideikommissar in die Lage kommen konnte, den fundus gegen den dritten Erwerber Titius zu verfolgen.

In Gemäßheit der bisherigen Ausführungen dürfte es übrigens nicht gebilligt werden, wenn fast alle von der in rem missio handelnden Schriftsteller von der Annahme ausgehen, daß schon ursprünglich und in allen Fällen die Insolvenz des Fiduziars Voraussetzung der in rem missio gewesen sei. Vgl. z. B. Cujacius (Note 25) Felsecker l. c. pag. 41 (quando heres legatum sive fideicommissum vendiderat aut alii tradiderat, et legatario

Der dritte Beſitzer, dem der Fideikommißgegenſtand auf ſolche Weiſe abgenommen wurde, konnte ſeinen Regreß gegen den Fiduziar nehmen; allein ſoferne die in rem missio aus dem Grunde der Inſolvenz des Fiduziars ertheilt worden war, mußte natürlich die Regreßnahme faktiſch erfolglos bleiben. Dieß Verhältniß hatte wohl Juſtinian im Auge, wenn er von insolubiles circuli in rem missionis ſpricht.

Anlangend die Beweislaſt, ſo war es wohl urſprünglich Sache des klagenden Fideikommiſſars, außer dem Umſtande, daß der beanſpruchte Gegenſtand im Fideikommißverbande ſtehe, auch darzuthun, daß ſowohl der Fiduziar als der Beklagte die Fideikommißqualität der Sache gekannt hätten; es bedurfte aber dieſes Nachweiſes nicht mehr, nachdem einmal der Prätor aufgehört hatte, auf die beiderſeitige mala fides als Vorausſetzung der in rem missio entſcheidendes Gewicht zu legen; vielmehr genügte es von da an, wenn der Fideikommiſſar bewies, daß ein ausdrückliches teſtamentariſches Veräußerungsverbot vorliege, oder daß der Fall eines Familienfideikommiſſes gegeben ſei, oder endlich, daß vom Fiduziar wegen Inſolvenz desſelben nichts zu erholen geweſen ſei.

Es wurde bereits angedeutet, daß das Inſtitut der in rem missio, ſobald es einmal die mehrbemerkte Ausdehnung erlangt hatte, ſobald die in rem missio unabhängig von der beiderſeiti-

---

seu fideicommissario aestimationem praestandi impos erat) Marezoll a. a. O. — Insbeſondere kömmt in Betracht, daß die Stelle in den receptae sententiae des Paullus das Erforderniß der Inſolvenz des Fiduziars nicht hervorhebt. Wenn ſich auf die Worte der Nor. 39: εἰσήγοντο . . . ἐξ ἀπορίας αἱ in rem missiones (introducebantur . . . ex inopia in rem missiones), bezogen wird, welche Fabrot in den Scholien zu den Baſiliken (Basil. tom. IV pag. 503) überſetzt: si heres solvendo non esset etc. —; ſo läßt ſich dagegen für's erſte einwenden, daß Juſtinian möglicherweiſe nur den gewöhnlichen Anwendungsfall im Auge hatte, ſodann daß fragliche Worte ἐξ ἀπορίας (ex inopia) auch mit Rückſicht auf die Unzulänglichkeit der petitio fideicommissi als perſönlichen Klage verſtanden werden können.

gen mala fides ertheilt wurde, nicht blos formell eine Anomalie war, sondern auch gegen das materielle Rechtsgefühl verstieß. Dazu kam die Weitschweifigkeit der Prozedur, die ambages und circuli, nicht minder die Zweifelhaftigkeit des Rechtsverhältnisses, die mit dem Augenblicke eingetreten war, wo der Prätor die ursprünglichen Voraussetzungen bei Seite zu setzen begonnen hatte;[29]) wie Justinian sich ausdrückt, der tenebrosissimus error in rem missionis. Eine Abhilfe war dringend geboten. Vom Standpunkte des bloßen Fideikommißrechtes, wie es bis auf Justinian gegolten, mußte man das ganze Institut beseitigen oder aber dasselbe auf seine ursprünglichen Gränzen zurückführen. Letzteren Falles war wenigstens das materielle Rechtsgefühl als versöhnt zu betrachten. Anders gestaltete sich aber die Sache, als Justinian den Gedanken faßte, die Legaten- und die Fideikommißtheorie zu verschmelzen, insbesondere allen Legataren und Fideikommissaren, soferne nur die materiellen Voraussetzungen des alten Vindikationslegates gegeben waren, eine in rem actio zu gewähren. Nun war ein Mittel gegeben, die Inanspruchnahme des dritten Besitzers formell zu begründen und zu rechtfertigen. Das Institut der in rem missio mußte folgerichtig aufgegeben werden, und es erklärt sich vollkommen, daß Justinian gerade in Verbindung mit der generellen Einführung einer in rem actio die Aufhebung aussprach.

Für gewisse Fälle war übrigens gleichwohl durch die den

---

[29]) Auf das Erforderniß der beiderseitigen entschuldbaren Unkenntniß der Fideikommißqualität wurde in gewissen Fällen kein Gewicht mehr gelegt; andererseits nahmen die Juristen Veranlassung, in Fällen, wo zweifellos die Veräußerung von Fideikommißgut aufrecht erhalten bleiben mußte, zum Ueberflusse die Frage aufzuwerfen und zu verneinen, ob nicht der Umstand, daß die Fideikommißqualität bekannt gewesen, von Einfluß sei oder zu bemerken, daß die Veräußerung aufrecht erhalten bleibe, gleichviel ob die Fideikommißqualität bekannt gewesen oder nicht. Vgl. z. B. fr. 78 §. 4 de leg. II (oben Note 15) fr. 38 pr. de leg. III (oben Note 15.) Auch dieß deutet auf die Unsicherheit der damaligen Jurisprudenz in der vorwürfigen Frage hin.

Fideikommissaren gewährte in rem actio nicht geholfen, denn nämlich nicht, wenn auf Seiten des Fideikommissars nicht sofort Eigenthum entstand, also auch nicht sofort die in rem actio begründet war, und wenn auch hintennach eine revocatio ex tunc nicht Platz greifen konnte. Dieß war, wie sich weiter unten zeigen wird, der Fall beim betagten Singularvermächtnisse und beim Universalvermächtnisse. Justinian fühlte, daß hier eine Ergänzung nothwendig sei, daß die generelle Einführung der in rem actio die in rem missio nicht vollständig ersetzt habe, und erließ daher zwei Jahre später in der Const. 3 eod., sich beziehend auf die generelle Einführung der in rem actio und die Aufhebung der in rem missio, auch das gesetzliche Veräußerungsverbot. Erst hiedurch war für alle Fälle die in rem missio überflüssig geworden.

Rücksichtlich des Einzelnen muß übrigens auf die Ausführungen im dogmatisch-praktischen Abschnitte dieser Abhandlung verwiesen werden. Nur die Bemerkung sei schon hier vorläufig gemacht, daß Justinian indem er die in rem missio formell beseitigte, in materieller Beziehung dem alten Prinzipe der in rem missio sich wiederum näherte, indem er bei Erlassung des Veräußerungsverbotes, sowie bei Ausschließung der Usukapion der richtigen Ansicht zufolge solche Fälle nicht im Auge hatte, wo ein mit dem Vermächtnisse unbekannter Quericter an einen gleichfalls das Vermächtniß nicht kennenden Dritten veräußert hat.

Zweiter Abschnitt.

Justinianeisches Recht.

Erstes Hauptstück.

Einfluß der Const. 1 communia de leg. et fid.

§. 4.

I. Im Allgemeinen.

Der Grundsatz des älteren Rechtes, daß der Erbe das Vermächtnißgut, soferne er nur Eigenthümer desselben ist, mit voller Rechtswirksamkeit veräußern könne, ist im Justinianeischen

Rechte aufgegeben. Justinian erließ in Const. 3 communia de leg. et fideic. (6, 43) a. 531 das gesetzliche Verbot, Vermächtnißgut zu veräußern. Bevor jedoch auf dieses näher eingegangen wird, ist es erforderlich, die Reform der Const. 1 eod. ins Auge zu fassen, und zu untersuchen, inwieweit schon hiedurch im Interesse der Sicherung des Vermächtnißnehmers gegen pflichtwidrige Veräußerungen Seitens des Vermächtnißträgers vorgearbeitet worden war.

Nach älterem Rechte fand sofortiger Eigenthumsübergang auf den Vermächtnißnehmer nur statt beim legatum per vindicationem, dann beim legatum per praeceptionem nach der Ansicht der Prokulejaner, nicht beim legatum per damnationem, beim legatum sinendi modo, bei Fideikommissen. Justinian verordnete nun in der Const. 1 cit., es solle jeder Vermächtnißnehmer sofort eine in rem actio haben, gleichviel in welcher Form das Vermächtniß hinterlassen worden, insbesondere ohne Unterschied der Legate und Fideikommisse. [1])

Const. 1 cit. verb.:

Rectius igitur ... censemus omnibus tam legatariis quam fideicommissariis (tam legatis quam fideicommissis) unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcunque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda.

Dabei sind jedoch zwei Beschränkungen vorzugsweise zu berücksichtigen, nämlich:

1) die Const. 1 cit. bezog sich ausschließlich auf Singular- nicht auf Universalvermächtnisse;

2) die Const. 1 verlieh eine in rem actio nur für

---

[1]) Ueberdieß stellte es Justinian dem Vermächtnißnehmer frei, sich in allen Fällen auch der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten zu bedienen, und verlieh ihm zu seiner größeren Sicherheit ein gesetzliches Pfandrecht an den Erbgütern des Vermächtnißträgers (in rebus, quas a testatore consecutus est.)

den Fall, daß die materiellen Voraussetzungen des alten Vindikationslegates vorhanden sind.

ad 1.

Die Const. 1 commun. de leg. et fideic. bezog sich ausschließlich auf Singular- nicht auf Universalvermächtnisse, also weder auf das Partitionslegat, noch auf das Universalfideikommiß, sei es nun, daß letzteres ex SC. Trebelliano zur Restitution gelangte, oder aber, was zur Zeit der Erlassung der Const. 1 wohl noch möglich war, ex SC. Pegasiano.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung mag vor Allem darauf hingewiesen werden, daß der ganze Wortlaut der Const. 1 die Annahme, sie erstrecke sich auch auf Universalvermächtnisse, ausschließt, indem immer nur von einzelnen vermachten Sachen die Rede ist; daß ferner überall, wo Justinian auf seine Const. 1 de leg. zu sprechen kömmt, dieß in einer obigen Satz bestätigenden Weise geschieht.

Vgl. §. 2. Inst. de legat. (2, 20);

Nov. 108 cap. 2.

Entscheidend ist aber, soviel die Universalfideikommisse anbelangt, noch eine andere Erwägung. Würde Justinian auch für Universalfideikommisse eine sofort zustehende in rem actio haben einführen wollen, so hätte er zugleich die Theorie von der mit einer persönlichen Klage zu erwirkenden Restitution bei Universalfideikommissen einer prinzipiellen Umgestaltung unterwerfen müssen. Dieß ist jedoch nicht geschehen; vielmehr ist nicht blos in den Pandekten, sondern auch in den Institutionen noch immer als geltendes Recht vorgetragen, daß erst durch Restitution von Seiten des Fiduziars der Universalfideikommissar am Fideikommißgute Rechte erwerbe, und nur für drei bestimmte Ausnahmsfälle ist durch die ein Jahr nach der Const. 1 erlassene Const. 7 ad SC. Trebellianum (6, 49) das Erforderniß der Restitution beseitigt worden. Hieraus läßt sich aber mit Bestimmtheit folgern, daß Justinian in der Const. 1 cit. nicht beabsichtigte, auch rücksichtlich des Universalfideikommisses Reformen vorzunehmen. [2])

[2]) Diese Ansicht wird auch durch die Autorität der meisten Rechtslehrer

ad 2.

Die Const. 1 commun. de leg. et fideic. verlieh eine in rem actio nur für den Fall, daß die materiellen Voraussetzungen des alten Vindikationslegates vorhanden sind.

Erforderlich ist eine res testatoris propria, denn nur an einer solchen hätte der Erblasser Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht unmittelbar zu gewähren vermocht, wenn er als Lebender darüber verfügt haben würde; erforderlich ist ferner, daß der Erblasser Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht auch wirklich gewähren wollte. [3])

Ist eine dem Erben oder einem Dritten zugehörige Sache Vermächtnißgegenstand, so kann sie der Vermächtnißnehmer auf Grund der Const. 1 cit. nicht mit einer in rem actio in Anspruch nehmen.

Eine abweichende Ansicht findet sich in der Glosse (ad Const. 2 §. 1 commun. de leg. ad verba: et ex omnibus nascantur in rem actiones):

> Sic ergo, si a legatario legaverit aliam rem, puta illius propriam, non eam, quam ei legavit, competit illi alii legatario in re propria legatarii primi rei vindicatio.

Unter Bezugnahme auf diese Stelle hat in neuerer Zeit wiederum Marezoll auszuführen gesucht, daß im Falle der

---

unterstützt. Vgl. z. B. Lauterbach coll. theor. pract. Pand. lib. XX. tit. 2 §. 62 (Tubing. 1748 Tom. II pag. 73.); Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, Leipzig 1803 §. 179 S. 488 ff. („Diese Meinung wird auch durch die Worte der L. 1: Et haec disposuimus etc. unterstützt; denn fideicommissum a legatario derelictum kann doch wohl kein fideicommissum universale sein"); Glück Komm. Bd. XIX S. 168; Mühlenbruch Pand. §. 738 Note 2 (Bd. III S. 433—4); Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 506. — Eine abweichende Meinung ist namentlich von Löhr in seinem Magazin Bd. IV S. 90 ff. dann im Archiv für civ. Praxis Bd. V S. 208 vertreten worden. Sieh jedoch dagegen, insbesondere gegen seine die Nov. 108 betreffende Deduktion Roßhirt a. a. O.

[3]) Arndts im Rechtslexikon Bd. VI S. 309.

Vermachung einer nicht dem Erblaſſer ſelbſt gehörigen Sache der Vermächtnißnehmer aus der Const. 1 zwar nicht ein ſofortiges Eigenthumsrecht an der vermachten Sache für ſich ableiten könne, weder wenn dieſelbe einem Dritten gehöre — in welchem Falle dieß ſich freilich von ſelbſt verſteht — noch wenn ſie im Eigenthum des Vermächtnißträgers ſei; daß aber gleichwohl durch die Const. 1 cit. dem Vermächtnißnehmer auch im Falle der Hinterlaſſung einer dem Teſtator nicht gehörenden Sache, ſofern dieſelbe nur dem Vermächtnißträger gehört, oder aber von ihm nachträglich erworben worden iſt, eine in rem actio eingeräumt worden ſei. Dieſe in rem actio ſei ſolchenfalls allerdings nicht die directa rei vindicatio, ſondern nur eine utilis rei vindicatio, mit welcher der Vermächtnißnehmer, noch bevor er Eigenthümer iſt, die vermachte Sache gewiſſermaſſen als Stellvertreter des Vermächtnißträgers von jedem dritten Beſitzer in Anſpruch nehmen könne. [4])

Allein mit Recht hat ſich die Mehrheit der Schriftſteller gegen eine derartige Auffaſſung der Const. 1 erklärt. [5]) Aus dem ganzen Zuſammenhange der Const. 1 cit. ergibt ſich, daß Juſtinian lediglich gewillt war, die in rem actio, d. h. die wirkliche Eigenthum vorausſetzende Eigenthumsklage unabhängig von der Form des Vindikationslegates dem Vermächtnißnehmer zu gewähren.

Vgl. insbeſondere die Worte: quatenus eis liceat — vindicare in rem actione instituenda.

Hiernach kann aber auf die beregte Stelle der Gloſſe um ſo weniger Gewicht gelegt werden, als ſich in der Gloſſe auch die richtige Anſicht vorgetragen findet.

Glossa ad Const. 1 cit. ad verba: et non solum personalem actionem praestare. [6])

---

[4]) a. a. O. S. 301. Vgl. auch Heimbach im Rechtslexikon Band IV. S. 284 ff.

[5]) S. insbeſondere Bangerow a. a. O. Bd. II §. 531 S. 468; Arndts a. a. O. S. 310.

[6]) Wenn ſich übrigens aus der Const. 1 cit. für den Fall des Vermächtniſſes einer dem Vermächtnißträger gehörenden oder von

Mit Rücksicht auf das bisher Gesagte stellt sich aber die durch die Const. 4 cit. bewirkte Reform in Folgendem dar:

§. 5.

II. Im Einzelnen.

A. Rücksichtlich der Singularvermächtnisse.

1) Wenn das Vermächtniß weder bedingt noch betagt war, und eine species testatoris propria zum Gegenstand hatte, so erwarb der Vermächtnißnehmer in Folge der Const. 4 cit. ohne Rücksicht auf die Form der Hinterlassung, sofferne nur diese gültig geschehen war, im Augenblicke der Erbschaftsantretung Eigenthum am Vermächtnißgegenstand. Letzterer kam hiernach gar nicht in das Eigenthum des Vermächtnißträgers; es konnte also auch eine von diesem vorgenommene Veräußerung dem Vermächtnißnehmer in keiner Weise präjudiziren; vielmehr war er berechtigt, den Vermächtnißgegen-

---

ihm nachher eigenthümlich erworbenen Sache eine dem Vermächtnißnehmer gegen dritte Besitzer zustehende utilis vindicatio nicht ableiten läßt, so kann doch auf Grund anderer Erwägungen eine solche Klage in der That gerechtfertigt werden. Der Erbe kontrahirt durch Erbschaftsantritt die quasi obligatio, die veniente dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum an der vermachten Sache zu übertragen. Hiernach ist er auch verpflichtet, dem Vermächtnißnehmer wenn sich die vermachte Sache in den Händen eines Dritten befindet, die rei vindicatio zu zediren. Nun ist es aber in der Justinianeischen Gesetzgebung als fester, wenn auch nicht generell ausgesprochener Rechtssatz anzunehmen, daß die zufolge gesetzlicher Verpflichtung erzwingbare Zession so behandelt werde, als wenn sie wirklich geschehen wäre, daß somit dem Zessionar sofort die zu zedirende Klage zustehe. Vgl. Savigny Obligationenrecht Bd. I S. 246 ff.; Puchta im Rechtslexikon Band II S. 641. Demzufolge kann der Vermächtnißnehmer, si dies legati venit, sofort die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer utiliter gebrauchen, als Stellvertreter des Eigenthümers. Allein eben weil er nicht aus eigenem Rechte vindiziren kann, fehlt ihm die Möglichkeit, die utilis vindicatio

stand jedem Dritten gegenüber zu vindiziren. Nicht minder mußten alle vom Vermächtnißträger vorgenommenen Belastungen rechtlich unwirksam bleiben.

Dagegen stand, im Falle der Vermächtnißgegenstand nicht eine dem Erblasser zugehörige Sache war, nichts im Wege, daß der Vermächtnißträger über dieselbe, soferne sie ihm entweder von Anfang an zugehört oder er sie nachher erworben hatte, mit Rechtswirksamkeit disponirte. Dieß müßte selbst dann angenommen werden, wenn man mit Marezoll davon ausgehen wollte, daß dem Vermächtnißnehmer auch im Falle des Vermächtnisses einer dem Erblasser nicht zugehörigen Sache durch Const. 1 cit. eine in rem actio verliehen worden sei. Denn da der Vermächtnißnehmer gegen den dritten Besitzer jedenfalls nicht aus eigenem Rechte vindiziren könnte, so würde für ihn die Möglichkeit der Anstellung der utilis vindicatio zessiren, sobald der Vermächtnißträger nicht mehr in der Lage wäre, von der vindicatio Gebrauch zu machen, wenn er also durch eine

---

anzustellen, sobald der Vermächtnißträger nicht mehr in der Lage ist, von ihr Gebrauch machen zu können, also insbesondere, wenn dieser durch Veräußerung Eigenthum auf den Dritten übertragen hat. Nur dann könnte man eine Fortdauer der utilis vindicatio des Vermächtnißnehmers annehmen, wenn eine solche Veräußerung zufolge gesetzlichen Verbots ungültig wäre, was aber, wie weiter unten (§. 11) gezeigt werden wird, nicht der Fall ist. Auch Marezoll nimmt an, daß nach dem bloßen Rechte der Const. 1 cit. dem Vermächtnißträger nicht die Möglichkeit der Veräußerung (und hierdurch Eigenthumsübertragung auf einen Dritten) benommen gewesen sei, vielmehr — was wir nicht zugeben — erst Const. 3 eod. die Ungültigkeit der Veräußerung auch einer res heredis verfügt habe — a. a. O. S. 304—5. Wenn Marezoll ungeachtet dessen ganz allgemein sagt, schon durch die Einführung der in rem actio sei die in rem missio völlig überflüssig geworden, so ging dieser Schriftsteller wohl dabei — und zwar mit Recht — von der Annahme aus, daß die missio in rem beim Vermächtniß einer res testatoris aliena überhaupt nicht anwendbar war. Vgl. jedoch seinen Aufsatz S. 132 Note 2.

ihm nach dem Rechte der Const. 1 cit. nicht benommene Veräußerung auf einen Dritten Eigenthum übertragen hätte.

2) War das Vermächtniß einer species testatoris propria von dem Eintritte einer Bedingung abhängig,[1]) so erwarb zwar zunächst der Vermächtnißträger am Vermächtnißgegenstande Eigenthum, allein es galt in Gemäßheit der Const. 1 cit. in allen Fällen dasselbe, was früher beim bedingten Vindikationslegate Rechtens gewesen war. Der Vermächtnißträger konnte über den Vermächtnißgegenstand mit Rechtswirksamkeit Dispositionen treffen, aber existente conditione wurde es rücksichtlich aller in Mitte liegenden dem Rechte des Vermächtnißnehmers präjudizirenden Verfügungen für die Folgezeit so angesehen, als wären sie von einem Nichteigenthümer ausgegangen.

3) Anlangend das unter einem dies certus hinterlassene Singularvermächtniß, so kann soviel nicht bezweifelt werden, daß Justinian auch im Falle eines solchen dem Vermächtnißnehmer die legati vel fideicommissi veniente eine in rem actio einräumen wollte, hiernach aber der Vermächtnißnehmer vom dies veniens an als Eigenthümer betrachtet werden muß. Nun frägt es sich aber, wer bei einem betagten

---

[1]) Nach Justinianeischem Rechte können Vermächtnisse aller Art auch unter einer Resolutivbedingung angeordnet werden — Const. 26 de leg. (6,37) —; nach früherem Rechte war dieß bei Legaten nicht statthaft (§. 2 Note 6); sondern blos bei Fideikommissen. Allein der Fall eines resolutiv bedingten Vermächtnisses liegt außerhalb der Gränzen der gegenwärtigen Abhandlung und wird daher von demselben Umgang genommen. Bemerkt mag nur werden, daß das resolutiv bedingte Vermächtniß, bei welchem existente conditione der Gegenstand desselben an den Vermächtnißträger zurückfällt, wohl zu unterscheiden ist einerseits von der (schon nach früherem Legatenrechte zulässigen) bedingten Translation des Vermächtnisses auf einen andern Vermächtnißnehmer, vgl. fr. 6 de adim. vel transfer. leg. (34,4), andererseits von der (nach dem früheren Legatenrecht unzulässigen) bedingten Anordnung eines Substitutionsvermächtnisses.

Singularvermächtnisse in der Zeit zwischen dem Erbschaftsanfalle bis zum dies legati vel fideicommissi veniens Eigenthümer des Vermächtnißgutes sei. Eine bestimmte Antwort hierauf findet sich in den Aussprüchen Justinians nicht, weder in der die Eigenthumsfrage ex professo regelnden Const. 1 cit., noch in der die Nichtigkeit von Veräußerungen aussprechenden Const. 2 §. 2 eod. Daß Justinian die Veräußerung des Vermächtnißgutes im Falle eines betagten Vermächtnisses untersagt hat, beweist noch nicht das Eigenthumsrecht des Vermächtnißträgers für die Zeit vor dem dies veniens; denn Justinian redet in der Const 3 cit. auch vom puren, sowie vom bedingten Singularvermächtnisse, obwohl beim ersteren unzweifelhaft der Vermächtnißnehmer sofort mit der Erbschaftsantretung Eigenthum erwirbt, beim letzteren es wenigstens in Kraft der eingetretenen Bedingung in Ansehung aller in Mitte liegenden dem Rechte des Vermächtnißnehmers nachtheiligen Verfügungen für die Folgezeit so angesehen wird, als wären sie von einem Nichteigenthümer ausgegangen. Aber auch der Wortlaut der Const. 3 §. 2 cit. ist nicht geeignet, Klarheit zu verschaffen. Justinian faßt das pure und betagte Vermächtniß zusammen, und sagt:

scimus, hoc quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare —

fügt aber alsogleich bei:

quia satis absurdum est et irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, et alienam spem decipere.

Die Worte rem quam in suis bonis pure non possidet — eine Sache, welche er nicht in unbeschränktem Eigenthum hat — beziehen sich, abgesehen von den Universalvermächtnissen — s. §. 6 — offenbar nur auf betagte Vermächtnisse: denn von unbetagten konnte nach der Const. 1 cit. überhaupt nicht mehr gesagt werden, daß der Erbe die durch sie hinterlassenen Sachen in bonis habe. Eben weil aber von Sachen, die unter einem dies certus hinterlassen sind, es heißt, der Erbe habe sie nicht pure in bonis, hiernach aber immerhin anerkannt ist, daß er sie in bonis habe; mit Rücksicht ferner auf die Aus-

drucksweise: alienam spem decipere — dürfte es sich rechtfertigen, wenn wir die Worte sciat, hoc quod alienum est etc. auf das pure Vermächtniß beschränken, und als Willensmeinung Justinians annehmen, daß bei betagten Vermächtnissen — soferne nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers klar vorliegt[2]) — vor Eintritt des dies der Vermächtnißträger Eigenthümer des Vermächtnißgegenstandes sein solle.[3]) Allerdings

---

[2]) Justinian hat es als Grundsatz mehrfach ausgesprochen, den Willen des Erblassers zu ehren und vollständig zum Vollzuge zu bringen. Vgl. Const. 2 comm. de leg.: Et nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adjutorio et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur. Hienach dürften (unter der im Texte bemerkten Voraussetzung) für das Justinianeische Recht die Bedenken nicht maßgebend sein, welche nach früherem Rechte der Annahme eines bei betagten Vindikationslegates, bei welchem der Legatar sofort Eigenthümer der legirten Sache gewesen wäre, entgegenstanden. S. oben §. 2. — Umgekehrt ist das im §. 2 Note 15 in fine in Bezug genommene fr. 26 de usu et usufr. (33,2), das zunächst von einem Damnationslegat redet, geeignet, ein Beispiel für die unzweideutig ausgesprochene Willensmeinung des Erblassers abzugeben, daß der Vermächtnißnehmer vor Eintritt des dies das Eigenthum an der vermachten Sache nicht haben solle. Vgl. über diese Stelle und ähnliche noch Glück Comm. Bd. IX S. 76.

[3]) Stets auffallend bleibt die eigenthümliche Redaktion der fraglichen Stelle. Der Satz, satis absurdum est etc. ist mit quia eingeleitet, somit als Grund des vorigen hingestellt, was er aber offenbar nicht sein kann. Vielleicht hat Justinian sagen wollen: sed sciat, hoc quod alienum est, non ei licere, utpote etc. — applicare neque hoc, quod alienum erit, quia satis absurdum est, so daß dann die Worte neque hoc, quod alienum erit im Texte subintelligirt werden müßten. — Der Satz, daß der Vermächtnißnehmer bei einem betagten Vermächtnisse erst mit dem dies veniens Eigenthümer der vermachten Sache werde, ist von jeher ganz allgemein in der Theorie anerkannt. Nur dürfte es unstatthaft erscheinen, zur Begründung desselben Bezug zu nehmen auf Stellen der Pandektenjuristen. S. oben §. 2 Note 15.) Etwas

haben wir bei dieſer Annahme ein dominium ex die ipso jure revocabile; allein vom Standpunkte der Juſtinianeiſchen Geſetzgebung bietet dieſer Umſtand kein Argument für die gegentheilige Anſicht dar.

Denn Juſtinian ſtatuirte ein ipso jure mit dem Eintritt eines Endtermines aufhörendes Eigenthum auch noch in einem andern Fall — Const. 30 de jure dot. (5, 12) anno 529 — und deutete durch die veränderte Aufnahme des obenerwähnten Diokletianiſchen Reſkriptes (fragm. Vat. §. 283) in ſeinen Codex (Const. 2 de donat. quae sub modo 8, 55) an, daß er den Satz, wornach ein dominium ipso jure ex die certo revocabile unſtatthaft ſein ſoll, auch im Prinzipe nicht beibehalten wiſſen wolle.[1])

Dem Geſagten zufolge war aber für den Vermächtnißnehmer im Falle eines betagten Singularvermächtniſſes nicht hinlänglich durch Const. 1 cit. geſorgt, denn der Vermächtnißträger konnte vor Eintritt des dies certus als Eigenthümer des Vermächtnißgutes über dasſelbe vollkommen rechtsgültig verfügen, ohne daß die veniente die Verfügungen desſelben, ſoweit ſie dem Vermächtnißnehmer zum Nachtheile gereichten, der Reſziſſion unterlagen: dieß deshalb nicht, weil bei einem ex die certo aufhörenden Eigenthum in keiner Weiſe eine revocatio ex tunc ſtatuirt werden kann.

4) Im Falle eines alternativen oder generellen Singularvermächtniſſes hatte ſelbſtverſtändlich bis zur

---

ſchwankend drückt ſich aus Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 476: „Es iſt ein Unterſchied zwiſchen dem Rechte aus dem Vermächtniſſe und zwiſchen dem Rechte, welches nach der Natur des Objekts und nach dem Willen des Anordners auf die vermachte Sache ſtattfindet. Das letztere, ſei es dominium oder obligatio, ſei es ein Recht, welches zu den dominiis gezählt wird, wie Servituten, oder ein annexum einer obligatio, wird keineswegs eher ſo begründet, daß man klagen kann, als si dies venerit."

[1]) Vgl. übrigens Savigny Syſtem §. 127 Note g in fine (Bd. III S. 223).

Vornahme der Wahl der Vermächtnißträger Eigenthum an den Gliedern der Alternative, bez. an den das genus bildenden einzelnen Gegenständen. Stand dem Vermächtnißnehmer die Wahl zu — und dieß bildet im Justinianeischen Rechte die Regel [5]) — so entschied im Falle einer vom Vermächtnißträger vorgenommenen Veräußerung oder Belastung rücksichtlich der Wirksamkeit derselben nunmehr durchgängig die Analogie des bedingten Singularvermächtnisses; während entgegengesetzten Falles [6]) die Veräußerung bez.

---

[5]) §. 22. Inst. de leg. (2,20). Das Wahlrecht wird nach Justinianeischem Rechte auf die Erben transmittirt, auch wenn der Fall einer optio seu electio legata gegeben sein sollte. §. 23 Inst. eod. S. oben §. 2 Note 18.

[6]) Dem Onerirten kömmt abgesehen von dem Falle, wenn der Erblasser eine bestimmte species im Sinne hatte, die Bezeichnung derselben aber ungenau ist fr. 37 §. 1 de leg. I (s. oben §. 2 Note 17) das Wahlrecht nur dann zu, wenn es ihm der Erblasser eingeräumt hat, §. 22 Inst. cit.; ferner wenn der Gegenstand des Vermächtnisses erst angeschafft werden muß. Ist ein generelles Vermächtniß in Frage, so ist es letzteren Falles überhaupt zweifelhaft, ob das Vermächtniß zu Recht bestehe. Fr. 71 pr. de leg. I. Puchta Pandekten §. 529 pr. Rossirt a. a. O. S. 16. S. jedoch Arndts a. a. O. S. 333 lit. F. — Jedenfalls steht soviel fest, daß, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses erst anzuschaffen ist, keine res testatoris propria vermacht wurde, und schon aus diesem Grunde nicht sofortiges Eigenthum auf Seiten des Vermächtnißnehmers entstehen kann. — Wenn die Wahl dem Vermächtnißträger überlassen ist, so kann der Vermächtnißnehmer vorerst nur mit der persönlichen Klage auf Vornahme der Wahl dringen. Verzögert jedoch der Vermächtnißträger die Wahl, bez. die Leistung des Vermächtnisses, so kann der Vermächtnißnehmer klagen, wie wenn nichts über die Wahl verordnet wäre, also selbst wählen, fr. 11 §. 1 de leg. II, fr. 25 §. 17 fam. erciso. (10,2); in gleicher Weise, wenn der Erblasser einen Dritten als Wähler aufgestellt hat und dieser entweder gehindert ist, oder vor der Wahl stirbt, oder überhaupt innerhalb eines Jahres nicht gewählt hat. Const. 3 §. 1 comm. de leg. (6.43); Puchta Pand. §. 529 zu Noten n und o.

Belaſtung eines Gliedes der Alternative oder einer einzelnen Species zugleich eine vollſtändige oder wenigſtens theilweiſe Vornahme der Wahl Seitens des Vermächtnißträgers involvirte, der eben dadurch ſeinen Willen bethätigte, den veräußerten oder belaſteten Gegenſtand nicht als Vermächtniß zu entrichten.[6a]) Bei dem generellen Vermächtniſſe konnte übrigens eine Modifikation dadurch begründet werden, daß der wahlberechtigte Vermächtnißnehmer nicht gerade das beſte Stück wählen, der wahlberechtigte Vermächtnißträger nicht das ſchlechteſte geben darf. Noch iſt

5) der Fall des Aftersingularvermächtniſſes[7]) beſonders zu beſprechen. Juſtinian hat auch in dem Falle, wenn ein Legatar, Fideikommiſſar oder wer ſonſt mit einem Vermächtniſſe beſchwert werden kann, mit einem Vermächtniſſe wirklich beſchwert iſt, dem Aftervermächtnißnehmer eine in rem actio eingeräumt. Const. 1 cit. verb.: Et haec disposuimus. So ferne nun das Aftervermächtniß zufolge einer ihm beſonders beigefügten Bedingung oder Zeitbeſtimmung nicht ſofort zur Entrichtung gelangte, hätte es keinen Anſtand, dem Aftervermächtnißträger zunächſt das Eigenthum zuzuſchreiben; mit dem Eintritt der Bedingung oder der Zeitbeſtimmung dagegen dem Aftervermächtnißnehmer — unter Anwendung der Grundſätze vom bedingten, bez. betagten Singularvermächtniſſe. Wenn jedoch das After-

---

[6a]) S. jedoch unten §. 8 Note 6 a. E.

[7]) Nach vorjuſtinianeiſchem Rechte konnte ein Legat nur a herede hinterlaſſen werden. Gajus II §. 271; Ulp. fragm. XXIV §. 20: a legatario legari non potest. Wohl aber war es zuläßig, einen Vermächtnißnehmer mit einem Fideikommiſſe zu beſchweren. Paul. rec. sent. IV 1 §. 1—3; §. 1 Inst. de sing. reb. (2,24). Dieſe Verſchiedenheit iſt im Juſtinianeiſchen Rechte beſeitigt; es können nunmehr auch alle diejenigen mit Legaten beſchwert werden, welche aus dem Vermögen des Erblaſſers oder wenigſtens durch eine letztwillige Verfügung desſelben etwas als freie Gabe erhalten. Vgl. Puchta Pand. §. 524. Es entſcheidet die Regel der Fideikommiſſe alſo lautend: eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis non adimitur. Fr. 1 §. 6 de leg. III.

vermächtniß pure hinterlaſſen wär,[1]) ſo konnte bei der Unſtatthaftigkeit eines condominium plurium in solidum das Eigenthum am Gegenſtande des Aftervermächtniſſes nicht zugleich auf den Aftervermächtnißträger und den Aftervermächtnißnehmer übergehen, der Wille des Erblaſſers nicht als auf ſolch' doppelte Eigenthumsübertragung gerichtet angenommen werden. Dem zufolge war aber in dieſem Falle der Aftervermächtnißnehmer nicht in der Lage, als Eigenthümer mit der dinglichen Klage den Gegenſtand des Aftervermächtniſſes vom Aftervermächtnißträger in Anſpruch zu nehmen; es ſtand ihm vielmehr nur die perſönliche Klage auf Entrichtung des Vermächtniſſes und bez. Eigenthumsübertragung am Vermächtnißgegenſtande zu, und der Aftervermächtnißträger war hiernach nicht gehindert, über denſelben zum Nachtheile des Aftervermächtnißnehmers mit voller Rechtswirkſamkeit bleibend zu verfügen.[2])

---

[1]) Dieß iſt auch dann anzunehmen, wenn die geſetzte Bedingung bereits exiſtent geworden iſt.

[2]) Obige Stelle der Const. 1 cit. bietet übrigens noch eine weitere Schwierigkeit dar. Der Satz: Quum enim non aliter valeat (fideicommissum) nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est — ſteht im Widerſpruche mit einer Reihe von andern Stellen, in denen der Grundſatz ausgeſprochen iſt, der Honorirte könne zwar nicht weiter als er honorirt iſt, aber doch mit ebenſoviel onerirt werden. Vgl. fr. 114 §. 3, fr. 122 §. 2 de leg. I; fr. 70 §. 1 de leg. II insbeſondere aber §. 1 Inst. de singul. reb. per fideicom. (2,24): Hoc solum observandum est, ne plus quisquam alicui rogatus restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Die Worte: Quum enim non aliter valeat etc. ſo zu verſtehen, wie ſie Gothofred in ſeiner Ausgabe des Corpus juris der von ihm beigefügten Parallelſtelle (Const. 9 de fideicomm. 6,42) zufolge verſtanden zu haben ſcheint, nämlich in ihnen nur das Prinzip: Quem non honoro, gravare non possum ausgeſprochen zu finden, geht in keiner Weiſe an, indem der Wortlaut ſich mit ſolcher Interpretation nicht vereinigen läßt. Gothofred ſchickt ſelbſt der Parallelſtelle den Erläuterungsſatz voraus: Inutile legatum est,

§. 6.

B. Rücksichtlich der Universalvermächtnisse.

Die Universalvermächtnisse waren durch Const. 1 communia de leg. nicht berührt worden.

Durch Const. 2 eod. — welche den Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen ausglich — wurde die partitio legata[1]) als besondere Form des Universalvermächtnisses, dann durch eine andere uns nicht mehr erhaltene, aber in den Institutionen (§. 7 Inst. de fideicommiss. hered. 2, 23) referirte Konstitution die Restitution ex SC. Pegasiano aufgehoben, so daß von da an jedes Universalvermächtniß auch eine Universalsukzession begründete. Allein der Eintritt der letzteren war regelmäßig durch Restitution des Universalvermächtnisses bedingt. Erst hierdurch wurde der Universalvermächtnißnehmer heredis loco und erlangte Eigenthum am Vermächtnißgut. Demzufolge konnte aber der Fiduziar, soferne er nur die Erbschaft angetreten hatte, bis zur Restitution mit voller Rechtswirksamkeit über das Universalvermächtnißgut disponiren, gleichviel ob das Universalvermächtniß pure, bedingt oder betagt angeordnet war. Seine Verfügungen mußten um so mehr aufrecht erhalten werden, als durch Const. 1 die in rem missio aufgehoben war, hiernach aber auch keine außerordentliche Rechtshülfe in Frage kommen konnte.

Für den Fall der contumacia des Fiduziars, für den Fall seines Absterbens ohne Hinterlassung von Erben, endlich im Falle der Translation des Universalvermächtnisses vom ersten auf den zweiten Vermächtnißnehmer wurde nun allerdings durch Const. 7 ad SC. Trebell. (6, 49) das Erforderniß der Restitution beseitigt.

---

quod legatario non prodest. Man muß hiernach den Widerspruch zugeben und mit Rücksicht darauf, daß in Const. 1 cit. nicht verbis dispositivis der Satz ausgesprochen ist, es müsse dem Legatar einiger Vortheil verbleiben, wohl aber das Gegentheil in den Pandekten und Institutionen, letzteren den Vorzug geben.

[1]) Ueber die partitio legata sieh das Ende des §.

Allein, was den ersten Fall anbelangt, so leuchtet ein, daß erst, wenn durch einen rechtskräftigen Richterspruch die contumacia des Erben konstatirt worden war, die Begründung der Vocacität in der Person des Vermächtnißnehmers und der Eigenthumsübergang am Universalvermächtnißgut angenommen werden konnte, ohne daß Veranlassung gegeben gewesen wäre, rückwirkende Kraft des rechtskräftigen Urtheils zu statuiren. Dem zufolge konnte aber ein zu Gunsten des Universalvermächtnißnehmers ergangenes rechtskräftiges Kontumazialerkenntniß von keinem Einflusse sein auf die Gültigkeit der vom Fiduziar inzwischen vorgenommenen Veräußerungen oder Belastungen, zumal da die Eigenschaft der petitio fideicommissi als persönlichen Klage auch die Anwendbarkeit der Grundsätze über res litigiosae ausschloß.

War der Fiduziar ohne Hinterlassung von Erben mit Tod abgegangen, so bedurfte es zwar keiner Restitution des Universalvermächtnisses, und es wurde, soferne nur dies fideicommissi bereits gekommen war, unmittelbar die Vermächtnißfolge dem Universalvermächtnißnehmer eröffnet: allein die Verfügungen des Fiduziars über das Universalvermächtnißgut konnten einer Beanstandung nicht unterliegen, selbst nicht in Kraft der dem Universalvermächtnisse etwa beigefügt gewesenen und wirklich existent gewordenen Bedingung, da das Erforderniß der Restitution anfangs wirklich bestanden hatte, und nur durch ein nachher eingetretenes Ereigniß, nämlich das Ableben des Fiduziars ohne Hinterlassung von Erben, beseitigt worden war.

Endlich mußte auch im dritten Falle gleichwohl die Restitution noch zum Uebergang des Eigenthums auf den zweiten Universalvermächtnißnehmer bei der Unmöglichkeit eines condominium plurium in solidum dann für erforderlich erachtet werden, wenn das zweite Universalvermächtniß nicht von einer besonderen Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht worden war; es waren also auch solchenfalls die vom ersten Universalvermächtnißnehmer bis zur Restitution getroffenen Verfügungen als rechtsgültig anzusehen und aufrecht zu erhalten; nicht minder im Falle einer dem zweiten Universalvermächtnisse besonders beige-

fügten Zeitbestimmung nach den über betagte Vermächtnisse geltenden Grundsätzen die vor dem Eintritte des Zeitpunktes getroffenen Verfügungen. Dagegen mußten freilich im letzteren Falle die post diem venientem getroffenen Verfügungen rechtsunwirksam sein; und im Falle einer dem zweiten Universalvermächtniß besonders beigefügten Bedingung stellten sich nicht blos die in die Zeit nach Eintritt der Bedingung fallenden Dispositionen als ungültig dar, sondern es unterlagen auch mit dem Eintritte der Bedingung die während ihrer Schwebe getroffenen Verfügungen gemäß den über bedingte Vermächtnisse geltenden Normen ipso jure der Reszission.

Zum Schlusse noch eine Bemerkung in Ansehung des Partitionslegates.*) Wie oben vorgekommen, hatte in Gemäßheit der exaequatio legatorum et fideicommissorum, dann der Aufhebung der restitutio ex SC. Pegasiano jedes Universalvermächtniß eine Universalsukzession zur Folge. Hiebei war jedoch Voraussetzung, daß der Erblasser auch wirklich beabsichtigt hatte, eine Universalsukzession für den Vermächtnißnehmer zu begründen. Wollte der Erblasser den Universalvermächtnißnehmer erweislich nur zum Singularsukzessor machen, so hatte es keinen Anstand, die Verfügung desselben aufrecht zu erhalten. Inwieferne solchenfalls die materiellen Grundsätze des alten Partitionslegates zur Anwendung zu kommen hatten, ob also der Erbe noch für berechtigt zu erachten war, den Vermächtnißnehmer durch Leistung der Aestimation abzufinden, mußte sich im konkreten Falle nach der Intention des Erblassers entscheiden. Allein, wenn unsere Annahme, die Const. 1 commun. de leg. et fideic. habe sich überhaupt nicht auf Universalvermächtnisse bezogen, richtig ist, so hatte jedenfalls der Universalvermächtnißnehmer nur eine persönliche Klage auf Theilung der Erbschaft und es konnte also den Verfügungen des Erben über den Nachlaß bis zur wirklichen Ausantwortung der vermachten Quote an den Vermächtnißnehmer in keiner Weise die Rechtswirksamkeit abgesprochen werden.

*) Vgl. Arndts im Rechtslexikon Bd. VI S. 323—324 und die in Note 360 zitirten Autoren.

Zweites Hauptſtück.

Das geſetzliche Veräußerungsverbot der Const. 3 comm. de leg. et fid.

§. 7.

Vorbemerkung.

Juſtinian war bei Erlaſſung der Const. 1 commun. de leg. et fideic. von dem Wunſche geleitet worden, dem Vermächtnißnehmer vollſtändigen Schutz gegen Pflichtverletzungen Seitens des Vermächtnißträgers zu gewähren, und dieſen Schutz mit zivilrechtlichem Charakter zu bekleiden. Er verlieh zur perſönlichen noch die dingliche Klage; er ſtatuirte außerdem ein geſetzliches Pfandrecht an den Erbgütern des Querirten. Allein vorerſt war, wie wir geſehen haben, die Const. 1 cit. nur auf Singularvermächtniſſe berechnet, ſodann ſicherte die dem Vermächtnißnehmer verliehene in rem actio denſelben nicht in allen Fällen gegen pflichtwidrige Veräußerungen oder Belaſtungen Seitens des Vermächtnißträgers; dann insbeſondere nicht, wenn das Singularvermächtniß betagt war.

Um nun die vorhandene Lücke auszufüllen, erließ Juſtinian in der Const. 3 eod. §. 2 — 4 das geſetzliche Veräußerungsverbot in Anſehung des Vermächtnißgutes.

Die Const. 3 cit. trägt, ſoweit ſie hieher gehört, unverkennbar den Charakter eines Ergänzungsgeſetzes an ſich, das auf der Grundlage der Const. 1 fortbauen wollte.

Vgl. §. 2 princ.:

Sed quia nostra majestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus, et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus.

Andererſeits kündigt Juſtinian ſeine Verordnung ſelbſt als eine prinzipielle Neuerung des beſtehenden Rechtes an, als eine dem bisherigen Rechte fremde Norm, indem er ſagt, es ſolle Niemand ſich fernerhin berechtigt halten, secundum veterem

dispositionem[1]) Vermächtnißgut zu veräußern, und wir erhalten hiedurch eine gewichtige Bestätigung unserer Annahme, daß es im vorjustinianeischen Rechte rücksichtlich des Vermächtnißgutes ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht gegeben habe.

Der zweite Paragraph der Const. 3 betrifft das pure und betagte Vermächtniß, der dritte das bedingte, der vierte das Rechtsverhältniß des Dritten, an welchen der Vermächtnißträger veräußert oder mit dem er sonst über den Vermächtnißgegenstand paziszirt hat.

Der Inhalt dieser Paragraphen ist nunmehr im Einzelnen zu erörtern, und zwar soll vor Allem festgestellt werden, auf welche Fälle des Vermächtnisses das Veräußerungsverbot überhaupt Anwendung finde. Der Untersuchung dieser Frage wird sich sodann anreihen die weitere Begränzung des Umfanges des Veräußerungsverbotes, wobei zu prüfen sein wird,

1) welche Verfügungen des Vermächtnißträgers über das Vermächtnißgut dem gesetzlichen Verbote unterliegen;

2) auf welche Objekte sich dasselbe erstrecke;

3) welches das Rechtsverhältniß des Dritten sei, an welchen der Vermächtnißträger veräußert oder mit dem er sonst über das Vermächtnißgut paziszirt hat;

---

[1]) Sintenis in der G. Z. Bd. XX. S. 69 nimmt, wie es scheint, aus Anlaß der Worte secundum veterem dispositionem an, daß es nach früherem Rechte ein betagtes Vindikationslegat gegeben habe. Allein s. oben §. 2. — Bartolus und andere ältere Juristen in irrthümlicher Generalisirung dessen, was nach älterem Rechte in Ansehung des Vindikationslegates Rechtens war, nahmen auch für das ältere Recht ganz allgemein die Unveräußerlichkeit des Vermächtnißgutes an. Für sie mußten natürlich die Worte: secundum veterem dispositionem — Schwierigkeit darbieten; sie suchten dieselben dahin zu interpretiren: Justinian habe durch dieselben zu verstehen geben wollen, daß seine Verordnung nichts neues enthalte, sondern nur das ältere Recht bestätigen wolle. Diese Erklärung wird aber durch den ganzen Zusammenhang der Stelle auf das entschiedenste widerlegt. S. hierüber Ant. Faber Err. pragm. Dec. [illegible] err.

4) ob und welcher Einfluß der beiderseitigen Unkenntniß der Vermächtnißqualität zukomme; endlich

5) inwieweit durch Const. 3 cit. auch die erwerbende Verjährung in Ansehung des Vermächtnißgutes ausgeschlossen worden sei.

Den Schluß der Abhandlung wird die Darstellung der Fälle bilden, in denen das Veräußerungsverbot ausnahmsweise nicht Platz greift, sei es nun, daß die Vermächtnißqualität der Sache von Anfang an nicht vorhanden gewesen ist oder nachher wegfällt — uneigentliche Ausnahmen; — oder sei es, daß die zu veräußernde Sache im Vermächtnißnexus wirklich noch begriffen ist — eigentliche Ausnahmen.

§. 8.

II. Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular-Vermächtnissen.

Ist ein Singularvermächtniß p u r e angeordnet und betrifft dasselbe eine species testatoris propria, so erwirbt der Vermächtnißnehmer im Augenblicke der Erbschaftsantretung Eigenthum an der vermachten Sache und ist hiemit von selbst gegen Veräußerungen Seitens des Vermächtnißträgers sicher gestellt.

Dagegen im Falle eines b e d a g t e n Singularvermächtnisses wird zunächst der Vermächtnißträger Eigenthümer und geht das Eigenthum auf den Vermächtnißnehmer erst die legati vel fideicommissi veniente über.

Ein Veräußerungsverbot war demzufolge nur in Ansehung des bedagten Singularvermächtnisses erforderlich.

Gleichwohl faßt Justinian im §. 2 der Const. 3 comm. de leg. et fidei. die beiden Fälle zusammen und statuirt, daß weder wenn das Singularvermächtniß pure, noch wenn es ex certo die hinterlassen worden, der Erbe befugt sein solle, den Vermächtnißgegenstand zu veräußern.

Aber aus den Motiven, welche der Kaiser beifügt —

sed sciat, hoc, quod alienum est, non licere, utpote sui patrimonii existens,

alieno jure applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae pignorisve nomine obligare vel manumittere, et alienam spem decipere —

ist leicht zu ersehen, daß er die Verschiedenartigkeit der Fälle und die Bedeutungslosigkeit des Veräußerungsverbotes für das pure Singularvermächtniß wohl fühlte, und daß es ihm nur darum zu thun war, durch ausdrückliches Verbot der Veräußerung einer pure vermachten Sache Anstände und Zweifel, welche über die in der Const. 1 comm. de leg. et fid. bethätigte Reform etwa vorgekommen sein mochten, definitiv zu beseitigen. Nur im Falle eines pure hinterlassenen Aftervermächtnisses konnte das Veräußerungsverbot praktische Bedeutung haben, indem hier der Aftervermächtnißnehmer, früherer Darstellung gemäß, nicht sofort Eigenthum erlangte. Daß nun die Const. 3 cit. auch auf Aftervermächtnisse zu beziehen sei, kann füglich nicht beanstandet werden. Hiernach erscheint aber die Veräußerung einer pure als Aftervermächtniß hinterlassenen Sache von Seiten (des Erben oder) des Aftervermächtnißträgers als null und nichtig; der Aftervermächtnißnehmer ist befugt, die Zession der rei vindicatio zu verlangen oder geradezu utiliter zu vindiziren und kann sich gegen eine allenfallsige exceptio doli (rei venditae et traditae) durch Bezugnahme auf das gesetzliche Veräußerungsverbot mit Wirksamkeit vertheidigen. [2])

Anlangend das bedingte Singularvermächtniß, so hat Justinian die Veräußerung einer bedingt vermachten Sache nicht verboten. Es bedurfte eines Verbotes nicht, weil die retrotraktive Kraft der eingetretenen Bedingung ausreichte, und Justinian konstatirte diese, weil er alle Fälle des Vermächtnisses behandeln wollte, nur neuerdings im §. 3 unserer Konstitution; er warnt blos den Vermächtnißträger vor jeder Veräußerung einer bedingt vermachten Sache, indem er ihm zu Gemüthe führt, daß mit dem Eintritt der Bedingung alle in Mitte liegenden

[2]) Sieh oben §. 4 Note 6 und unten §. 12.

vom Rechte des Vermächtnißnehmers zu judiciren, ihm Genugthuung von selbst anzubieten und ihm das Begehren gestatten, die Sache vom jetzigen Besitzer zu vindiciren, hiedurch haben den Erben durch die Veräußerung seine bedingt verwachsene Sache, der schwereren Verpflichtung zur Gewährschaftsleistung sich auszusetzen. Mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des §. 2, insbesondere auch in Gegenhalt zum Wortlaute des §. 5 muß die Ansicht derjenigen beigestimmt werden, welche lehrt, daß durch §. 3 der Const. 3 cit. auch für bedingte Eingebrachtenvermächtnisse die Veräußerung schlechthin untersagt worden sei.[1])

Das alternative, ingleichen das generelle Vermächtniß erscheinen zwar nicht in Ansehung des dies cedens wohl aber mit Rücksicht auf die Frage, wer in der Zwischenzeit bis zur Wahl Seitens des Vermächtnißnehmers, welchem das Wahlrecht regelmäßig zusteht, als Eigenthümer anzusehen sei, als bedingte. Bis diese Wahl erfolgt, ist noch kein Gegenstand unbedingt dem Vermächtnißverbande entnommen. Daraus folgt aber, daß bis zur Wahl der Vermächtnißträger in Gemäßheit der Const. 3 §. 3 cit. nach Belieben veräußern kann, daß, wenn der Vermächtnißnehmer gerade die veräußerte Sache wählen sollte, die Veräußerung sofort der Resolution unterliegt.

[1]) Vgl. z. B. Roßhirt a. a. O. Bd. 1 S. 206. verb: Hiernach ist es kaum zu bezweifeln ꝛc.; — Puchta Pand. §. 555 Note a. Sieh jedoch auch Puchta Vorl. II S. 462 (bei bedingten Fideikommissen bedingt). Vgl. auch Donelli Comm. de jure civ. Lib. VII Cap. 27; Giphanii explan. etc. II pag. 180: Definit imperator heredem non posse alienare pura legata nec fideicommissa conditionalia posse quidem, sed istendi conditionis rescindi alienationem. Nicht im Wege dürfte stehen die allgemeine Ausdrucksweise in Nov. 39 pr.: modis omnibus prohibentes restitutione gravatas res aut alienari aut obligari (Auth. zu Const. 3 §. 3 cit.: Res quae subjacent restitutioni prohibentur alienari quidem vel obligari). Für Universalvermächtnisse ist Vorsorge in der That von Justinian §. 3 cit. durch gesetzliches Veräußerungsverbot, jedoch nur relativ (Sieh den nächsten

legaren befugt ist, die gewählte Sache von jedem Dritten vindiziren. Da jedoch ein solches Verhältniß mit Unannehmlichkeiten für den Vermächtnißträger verbunden ist, insbesondere in Gefahr kommt, von seinem Successor auf volle Evictionsleistung belangt zu werden, so steht ihm, wie bereits erwähnt, das Recht zu, vom Richter zu verlangen, daß dem Vermächtnißnehmer eine peremtorische Frist zur Vernahme der Wahl bei Vermeidung des Verlustes des Vermächtnisses vorgesetzt werde. Steht ausnahmsweise dem Vermächtnißträger das Wahlrecht zu, so liegt es in seiner Hand, zu bestimmen, welche Sache dem Vermächtnißrechte unterworfen sein solle, wornach sich von selbst ergibt, inwieferne er veräußern könne. Verzögert der Vermächtnißträger die Wahl, und geht daher das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer über, so können dessenungeachtet die inzwischen erfolgten Veräußerungen nicht angefochten werden, weil in jeder einzelnen Veräußerung wenigstens eine theilweise Ausübung des dem Vermächtnißträger früher zugestandenen Wahlrechtes zu erblicken ist.[2a])

Dem Gesagten zufolge ergibt sich für das Singularvermächtniß einer res testatoris propria folgendes Resultat:

Wenn das Singularvermächtniß spezifizirt und pure hinterlassen ist, so kann der Vermächtnißträger nicht veräußern, weil er nicht Eigenthümer ist. Nur wenn es sich um ein Aftervermächtniß handelt, ist der Aftervermächtnißträger als Eigenthümer anzusehen und in diesem Falle tritt das gesetzliche Veräußerungsverbot ein. Ist das Singularvermächtniß betagt, so ist jede vom Vermächtnißträger vorgenommene Veräußerung null und nichtig — in Kraft des gesetzlichen Veräußerungsverbotes.[1]) Im Falle eines bedingten Singularvermächtnisses kann der Vermächtnißträger zunächst mit voller Rechtswirksamkeit veräußern.[2]); allein condi-

[2a]) Sieh übrigens unten Note 6 a. E.

[1]) Vgl. jedoch Sintenis in der Gießn. Z. Bd XX S. 68 N. 1. S. auch §. 10 Note 1.

[2]) Wenn übrigens gerade durch Veräußerung des Vermächtnißgegenstandes der Eintritt der Vermächtnißfolge herbeigeführt wird, wie dieß der Fall ist bei einem Familienvermächtnisse (Fr. 89. §. 3 de

testamentario (vel ille incerto venierit), wird die Veräußerung in Kraft der durch die Const. 3 §. 2 cit. wiederholt anerkannten

leg. II — ſieh oben §. 3 Nr. 14) hiemit alſo im Augenblicke der Veräußerung die Bedingung des Vermächtniſſes exiſtent wird, ſo ſtellt ſich dem Erfolge nach das bedingte Vermächtniß dem puren in der That gleich; die Veräußerung erſcheint von Anfang an nichtig. Im Falle eines Univerſalvermächtniſſes bedarf es, wenigſtens, das erſte Mal, der Reſtitution, und kann alſo die vorgenommene Veräußerung nicht ſofort als nichtig angeſehen werden. — Nach der Anſchauungsweiſe des ältern Rechtes war es unſtatthaft, ein Vindikationslegat unter der Bedingung anzuordnen, wenn der Erbe den Gegenſtand desſelben veräußern würde. Vgl. fr. 39 de manumissis testamento (40,4). Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto. Inutiliter libertas datur, quia in eo tempus transfertur, quo alienus futurus sit. Nec contrarium est, quod statu liber, etiam si venierit, ex testamento libertatem consequitur, quippe utiliter libertas data facto heredis non perimitur. At quid in legato eo modo dato dicemus? dicensum enim nullo ratione dicetur; nam inter libertatem et legatum quantum ad hanc causam nihil distat. Igitur nec sic directo debitur libertas, si heredis mei esse desierit, liber esto, quia nullum casum utilem habet. Vgl. Ant. Faber Err. Pragm. Dec. 87 err. 10. Anders verhielt es ſich in Anſehung der Fideikommiſſe, da hier im Falle der Exiſtentwerdung der Bedingung ohnehin nur eine perſönliche Klage begründet war. Sieh oben §. 3 Note 27. Vom Standpunkte des Juſtinianeiſchen Rechtes muß man es in allen Fällen für ſtatthaft erachten, ein Vermächtniß unter der Bedingung der Veräußerung ſeines Gegenſtandes durch den Erben anzuordnen, und zwar muß ein ſolches Vermächtniß, wenn die Bedingung exiſtent geworden, die geſetzmäßigen Wirkungen äußern. Vgl. Puchta Vorl. zu §. 145 Band I. S. 286. Ueber das von Ant. Faber l. c. in Bezug genommene fr. 9 §. 1 de jure dot. (23,3) vgl. Savigny Syſtem Band IV S. 154 Note r. Ueber Familienfideikommiſſe vgl. noch Weſtphal Darſtellung der Lehre von Vermächtniſſen I §. 349 u. f. insbeſ. §. 352; Sintenis das prakt. gem. Civilrecht Bd. III §. 209 S. 714—715 Note 23.

Natur der eingetretenen Bedingung annullirt und der Vermächtnißnehmer ist in der Lage, den Vermächtnißgegenstand von jedem dritten Besitzer mit der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen. Dem bedingten Singularvermächtnisse analog sind das alternative und das generelle Vermächtniß zu behandeln. *)

Noch kömmt Nachstehendes zu bemerken:

1) Der Vermächtnißträger kann die ex certo die vermächte Sache auch ante diem venientem nicht veräußern und jede Veräußerung ist von Anfang an null und nichtig. Keinem Bedenken kann es nun unterliegen, den Vermächtnißnehmer schon ante diem venientem zur Inhibition einer beabsichtigten Veräußerung für befugt zu halten; allein aus der rechtlichen Ungültigkeit einer gleichwohl vorgenommenen Veräußerung folgt noch keineswegs, daß der Vermächtnißnehmer schon ante diem venientem berechtigt wäre, die Sache vom dritten Besitzer in

*) In eigenthümlicher Weise äußert sich in Ansehung des alternativen Vermächtnisses Koppitz a. a. O. Band II S. 27 Nr. III.: „Vor der Wahl kann der Onerirte nicht einmal über das eine Stück disponiren, selbst wenn er das Wahlrecht hätte: hat er aber disponirt, so kann der Honorirte mehr nicht fordern, als daß sein Interesse darunter nicht leide. Fr. 109 §. 1 de leg. I. (Heres, cujus fidei commissum erat, ut unum fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit. Quum electio ei relinquatur, utrum malit, dandi, ut tamen alterum solidum praestet, Praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem; ita enim eadem causa constituetur, quae futura esset, si alienatus fundus non fuisset, quando etiam adversus ipsum heredem officium Praetoris sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non praestaretur, neque pluris, neque minoris, quam centum aestimarentur.) Sieh über diese Stelle oben §. 79 Noten 25 u. 28. In Gemäßheit derselben muß nun in der That auch für das geltende Recht angenommen, daß, wenigstens dann, wenn der Vermächtnißträger zur Zeit der Veräußerung bereits insolvent war, der Vermächtnißnehmer die in der Veräußerung liegende Wahl nicht zu respektiren brauche, und sich an den dritten Erwerber halten könne.

[illegible] Andere dem vermächtnißnehmer [illegible] Eigenthümer und hat diese nach seine rei vindicatio.

3) Wenn der Vermächtnißnehmer für befugt zu halten ist, die bedingt vermachte Sache zu veräußern, so muß im gleichen Maße diese Befugniß auch seiner Gläubigerschaft zukommen. Die bedingt vermachte Sache erscheint zunächst noch als Exekutionsgegenstand für die Gläubiger des Vermächtnißträgers; jedoch kann, wie sich von selbst versteht, dieselbe der Zwangsveräußerung nur mit dem Vorbehalte des eventuellen Rechtes des Vermächtnißnehmers unterworfen werden. *)

Die ex die certo vermachte Sache kann ihrer Substanz nach in keiner Weise von den Gläubigern des Vermächtnißträgers in Anspruch genommen werden.

3) Wenn auch als feststehend anzunehmen ist, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot den Vermächtnißträger nicht hindere, den bedingt vermachten Gegenstand zu veräußern, so ist damit nicht gesagt, daß auch nicht ein richterliches Verbot zu veräußern unter Umständen zulässig sei. **) Soferne nämlich der eventuell berechtigte Vermächtnißnehmer darthun kann, daß die faktische Geltendmachung seines Rechtes existente conditione bedeutend erschwert oder unmöglich gemacht werden würde, wenn es dem Vermächtnißträger gestattet wäre, über die Sache rechtlich zu verfügen; dürfte allerdings in Anbetracht, daß das Recht

*) Von einer anderen Ansicht ist das Oberappellationsgericht zu Dresden in einem Erkenntnisse vom 18. September 1849 ausgegangen. Vgl. unten S. 17 Note 1.

**) Vgl. l. 12 de usurp. et usucap. (41, 3): Si ab eo, cui rem legatam scio, emam, quum heres possit alienare, idque in scius, usucapere non potes. Wo das deutschrechtliche Institut der Grund- oder Hypothekenbücher besteht, erscheint die Vormerkung des Vermächtnißverbandes, in welchem sich eine Immobilie befindet, überall da veranlaßt, wo das Vermächtniß nicht sofort zur Entrichtung gelangt (weil sonst wegen der dem öffentlichen Grund- oder Hypothekenbuche zukommenden Glaubwürdigkeit Veräußerungen oder Belastungen dem gutgläubigen Dritten gegenüber in keiner Weise mehr angefochten werden könnten.

und Vermächtnißnehmers auf Sicherstellung wegen Entrichtung des Vermächtnisses ein gegenwärtiges ist, nach den Grundsätzen über Provisorien und Arreste eine richterliche Inhibition sich rechtfertigen und erfolgt eine solche, dann stellt sich in der That eine gleichwohl geschehene Veräußerung als nichtig dar.

§. 9.

II. Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Universalvermächtnissen.

Daß sich die Const. 3 commun. de leg. et fideic. auch auf Universalvermächtnisse beziehe, dafür spricht abgesehen von der Erwägung, daß gerade in Ansehung des Universalvermächtnisses die Abänderung der vetus dispositio dringend geboten, ein gesetzliches Veräußerungsverbot am meisten veranlaßt war, auch der Wortlaut des Gesetzes. Im §. 3 heißt es nämlich:

Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione, vel restitutione . . .

Unter fideicommissum universitatis kann füglich nur die hereditas fideicommissaria verstanden werden [1], und auch die Worte: vel substitutione, vel restitutione —

vgl. den entsprechenden Passus im §. 2: vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutioni supposita —

gewähren ein Argument für die Beziehung der Const. 3 auf Universalvermächtnisse, indem substitutione im Gegensatze zu restitutione gebraucht ist, nicht etwa zu institutione, hiernach aber nur von dem Falle der indirecta heredis substitutio als einer besondern, unter Umständen zulässigen Form der Anordnung eines Universalvermächtnisses verstanden werden kann. [2]

---

[1] Vgl. die justinianeische Const. 8 ad SC. Treb. (6,46.)

[2] Fr. 76 ad SC. Treb. (36,1); Puchta Pand. §. 476 zu Note f und g. Vgl. auch die Ausdrucksweise in Const. 16 de pact. (2,3) und Const. 5 de impub. et aliis subst. (6,26.) — Nicht ging es an, Jemanden ein Singularvermächtniß in der Weise zu-

Demzufolge kann aber der Annahme Löhr's [3]), die Const. 3 habe rücksichtlich des Universalvermächtnisses nichts verordnen wollen, in keiner Weise beigepflichtet werden. [4])

Bezieht sich nun die Const. 3 auch auf Universalvermächtnisse, so ergibt sich für diese folgendes Resultat:

Der Fiduziar ist im Falle eines pure oder ex certo die hinterlassenen Universalvermächtnisses bis zur Restitution desselben Eigenthümer des Vermächtnißgutes; allein er kann in Gemäßheit des §. 2 der Const. 3 dasselbe nicht veräußern. Jede Veräußerung ist von Anfang an nichtig und der Universalvermächtnißnehmer kann nach erfolgter Restitution des Universalvermächtnisses die veräußerten Gegenstände von jedem Dritten vindiziren.

Ist dagegen ein bedingtes Universalvermächtniß in Frage, so kann zwar der Fiduziar, der nicht blos bis zum Eintritt der Bedingung, sondern bis zur Restitution Eigenthümer des Universalvermächtnißgutes ist, pendente conditione mit voller Rechtswirksamkeit veräußern. Allein existente conditione werden alle inzwischen geschehenen Veräußerungen sofort rückgängig und als nicht geschehen betrachtet: zwar nicht deßhalb, weil es etwa in Ansehung aller Veräußerungen so angesehen werden müßte, als wäre der Fiduziar niemals Eigenthümer gewesen, denn derselbe ist auch existente conditione bis zur Restitution der hereditas oder portio hereditaria noch Eigenthümer der dazu gehörigen Sachen, sondern deßhalb, weil ein eventuelles gesetzliches Veräußerungsverbot, eine positive gesetzliche Vorschrift dahin besteht, der Erbe solle wissen:

> quod conditione impleta ab initio causa (venditio vel hypotheca) in irritum devocetur et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata.

---

zuwenden, daß man ihn dem Erben bezüglich des Vermächtnißgegenstandes substituirte. S. übrigens auch Westphal Verm. Bd. I S. 606—7.

[3]) In seinem Magazin Bd. IV H. 1 S. 96.

[4]) Vgl. Roßhirt a. a. O. Bd. I S. 206; Zimmern im Archiv f. ziv. Pr. Bd. VIII S. 156—7 in fine.

Nach erfolgter Restitution kann auch hier der Universalvermächtnißnehmer das Universalvermächtnißgut von jedem Dritten vindiziren.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot hat zweifelsohne auch Anwendung zu finden auf das sukzessive Universalvermächtniß. Nur kömmt in Betracht, daß schon in Gemäßheit der Const. 7 ad SC. Treboll. (6. 49) nicht erst etwa zufolge eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes diejenigen Veräußerungen ungültig sind, welche der erste Universalvermächtnißnehmer, im Falle das zweite Universalvermächtniß besonders bedingt oder betagt war, nach dem Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung vornimmt; und daß nicht minder die während des Schwebens der Bedingung erfolgten Veräußerungen existente conditione der sofortigen Resizission unterliegen.

Hat der Erblasser eine Quote seines Nachlasses vermacht, aber mit der Intention, dieselbe dem Vermächtnißnehmer nur als Singularsukzessor zuzuwenden, so muß auch in diesem Falle die Anwendbarkeit der Const. 3 behauptet werden, soferne nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Erblasser dem Vermächtnißträger die Befugniß einräumen wollte, den Vermächtnißnehmer nach Gutbefinden mit der Aestimation abzufinden. [5])

In Ansehung der Berechtigung des Universalvermächtnißnehmers zur Inhibition von beabsichtigten Veräußerungen, sowie in Ansehung der den Gläubigern des Fiduziars zustehenden Befugnisse gilt für das Universalvermächtniß das nämliche, wie für das Singularvermächtniß.

§. 10.

III. Nähere Begränzung des Umfanges des Veräußerungsverbotes.

1) in Ansehung der Frage, welche Verfügungen des Vermächtnißträgers demselben unterliegen.

Begriff der Veräußerung.

Die Veräußerung von Vermächtnißgut ist durch Const. 3 commun. de leg. et fideic. verboten worden.

---

[5]) Sieh oben §. 6 a. E.

Im engeren Sinne bezeichnet Veräußerung nur die Uebertragung des Eigenthums.

Const. 1 de fundo dot. (5,23).

Dagegen im weiteren Sinne versteht man unter Veräußerung jedes Uebertragen oder Aufgeben eines bereits erworbenen dinglichen Rechtes, sowie die Bestellung eines neuen jus in re aliena.

In diesem weiteren Sinne muß Veräußerung dann genommen werden, wenn es sich um ein gesetzliches oder testamentarisches Veräußerungsverbot handelt.

Const. ult. de reb. alien. (4, 51) Justin.:

> Sancimus sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi; similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.

Hiernach ergibt sich von selbst, in welchem Maße der Vermächtnißträger in seinen Verfügungen über das Vermächtnißgut durch das gesetzliche Veräußerungsverbot beschränkt sei.

Er kann in den Fällen, in welchen es Anwendung findet, das Eigenthum an keiner mit der Vermächtnißqualität behafteten Sache auf einen andern übertragen, weder durch Verkauf, noch durch Schenkung, datio in solutum, Tausch, Vergleich oder irgend ein anderes Rechtsgeschäft; ingleichen kann er nicht eine Dienstbarkeit, weder eine dingliche noch eine persönliche bestellen; ebensowenig eine Emphyteusis oder Superficies; er kann auch kein Servitutrecht, kein emphyteutisches oder superficiarisches Recht aufgeben; endlich, was in der Const. 3 cit. ausdrücklich bestimmt ist, an keiner dem Vermächtnißverbande unterstellten Sache ein Pfandrecht bestellen. [1])

[1]) S. hierüber Schweder l. c. §. XVII. et sq. Nicht dürfte

Auch von Todeswegen kann der Vermächtnißträger nicht frei über den Vermächtnißgegenstand verfügen. Zwar geht letzterer als Bestandtheil der Nachlaßmasse auf die Intestat- oder Testamentserben des Vermächtnißträgers als successores in universum jus defuncti über, soferne nur nicht gerade der Augenblick des Todes des Vermächtnißträgers den Uebergang des Eigenthums auf den Vermächtnißnehmer begründet[2]; allein eine Verfügung des Vermächtnißträgers zu Gunsten eines Singularsukzessors erscheint durch das gesetzliche Veräußerungsverbot ausgeschlossen; die im Vermächtnißnexus begriffene Sache kann nicht Gegenstand eines Singularvermächtnisses oder einer mortis causa donatio sein. [3])

Zufolge ausdrücklicher Bestimmung der Const. 8 §. 2 cit. sowie in Gemäßheit der Const. ult. de reb. alien. cit. war nach Justinianeischem Rechte auch die Manumission von Sklaven verboten. Dieß ist natürlich für uns unpraktisch. Doch möge folgende Bemerkung Platz finden. Während der §. 2 der Const. 3 ausdrücklich dem Vermächtnißträger die Manumission eines vermachten Sklaven untersagt, ist im §. 3, der von bedingten Singular- und Universalvermächtnissen spricht, nicht wiederholt die Rede von der Manumission eines vermachten Sklaven; es ist nicht gesagt, daß eine pendente conditione geschehene Manumission beim Eintritte der Bedingung solle rückgängig gemacht und als nicht geschehen betrachtet werden. Allein dieß erklärt sich wohl daraus, daß Justinian in Uebereinstimmung mit dem früheren Rechte (fr. 29 §. 1 qui et a quib. manum. (40,9); fr. 11 de manum. (40, 1) — §. 2 N. 11) es für unstatthaft erachtete, eine einmal mit Rechtswirksamkeit vorge-

es im Falle eines betagten Vermächtnisses ausgeschlossen sein, daß der Vermächtnißträger etwa einen Ususfruktus bis zum dies legati vel fideicommissi bestellt. Sieh oben §. 8 Note 4.

[2]) Vgl. fr. 62 de acquir. rer. dom. (41,1), dann fr. 69 §. 3 de leg. II (§. 3 Note 14) verb.: vel extero herede instituto decesserit.

[3]) S. fr. 16 de testam. milit. (29,1): Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam. Vgl. Schweder l. c. §. XXIX.

nommene Manumission wiederum rückgängig zu machen. Justinian's Meinung war es aber sicherlich nicht, auf Grund dieser Erwägung bei einem bedingten Vermächtnisse die Manumission des bedingt vermachten Sklaven geradezu zu gestatten. Hiegegen spricht schon die Aufnahme des fr. 29 §. 1 cit. und des fr. 11 cit. in die Digestensammlung. Vielmehr muß man annehmen, daß nach Justinianeischem Rechte das, was in den beiden Stellen vom bedingten Vindikationslegate gesagt ist, ganz allgemein auf alle Arten von Vermächtnissen Anwendung gefunden habe, insbesondere auch auf ein bedingtes Universalvermächtniß, und daß somit der Vermächtnißträger (Fiduziar) einen bedingt vermachten Sklaven auch nicht während der Schwebe der Bedingung habe manumittiren können.

Hienach muß aber fr. 25 §. 2 ad SC. Trebell. (36, 1)[4], auf Grund welcher Stelle z. B. Cujacius und Giphanius[5] annehmen, daß nach Justinianeischem Rechte im Falle eines bedingten Fideikommisses dem Fiduziar die Freilassung des bedingt vermachten Sklaven gestattet gewesen sei, selbst für das Justinianeische Recht jedenfalls insoweit als unpraktisch bezeichnet werden, als der Ausspruch Julian's im fr. 25 §. 2 cit. auch eine von dem das Vermächtniß kennenden Erben vorgenommene Manumission aufrecht erhalten wissen will. Vgl. unten §. 13.

Dem Gesagten zufolge gewährt übrigens gerade der Umstand, daß wohl im §. 2 aber nicht im §. 3 der Const. 3 cit. von der Manumission gesprochen wird, einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, daß Justinian bei einem bedingtem Singular- oder Universalvermächtnisse dem Vermächtnißträger pendente conditione die Veräußerung der Regel nach nicht verwehren wollte.[6]

Inwieweit durch Const. 3 cit. auch die erwerbende Verjährung in Ansehung des Vermächtnißgutes ausgeschlossen worden sei, wird weiter unten (§. 15) untersucht werden.

---

[4]) S. oben §. 3 Noten 9, 24 und 26.

[5]) Cujacius expos. Nov. 39 (pag. 586), Giphanius l. c. II pag. 185.

[6]) S. oben §. 8 S. 58—59.

§. 11.

2) Objekte des gesetzlichen Veräußerungs-Verbotes.

Wiederholt wurde darauf hingewiesen, daß die Const. 3 commun. de leg. et fid. die Eigenschaft eines Ergänzungsgesetzes an sich trägt, welches auf der Grundlage der Const. 1 eod. fortbauen und den Vermächtnißnehmer gegen pflichtwidrige Veräußerungen Seitens des Vermächtnißträgers durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot in denjenigen Fällen sichern wollte, in welchen die dem Vermächtnißnehmer durch Const. 1 cit. eingeräumte dingliche Klage hinlänglichen Schutz nicht zu gewähren vermochte — insbesondere in den Fällen des Universalvermächtnisses, in denen der dingliche Anspruch des Universalvermächtnißnehmers nach wie vor der Const. 1 erst durch Restitution des Universalvermächtnisses vermittelt werden mußte.

Dieser Gesichtspunkt dürfte insbesondere bei Beantwortung der Frage maßgebend sein, auf welche Objekte sich das gesetzliche Veräußerungsverbot der Const. 3 erstrecke und dürfte angenommen werden, daß dasselbe nur solche Objekte betreffe, deren Vindikation durch den Vermächtnißnehmer bis zur Erlassung der Const. 3 cit. durch Veräußerung Seitens des Vermächtnißträgers hatte vereitelt werden können.

Demzufolge sind aber dem gesetzlichen Verbote der Veräußerung blos res testatoris propriae unterworfen, nicht res testatoris alienae.[1])

---

[1]) Eine bloße Konsequenz ist es, daß auch das testamentarische Veräußerungsverbot, wenn es sich auf res testatoris alienae bezieht, nicht Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge haben könne. Vielmehr ist im Falle der Uebertretung des Verbotes der Vermächtnißnehmer auf eine Entschädigungsklage beschränkt. Vgl. §. 5 Inst. de obl. quasi ex contract. (3,28). Wenn sich übrigens Lauck in der Gießner Zeitschrift Bd. V S. 11 Nr. 2 hiefür auf Const. 1 comm. de leg. verb.: cum enim non aliter valeat etc. — in rebus, quas a testatore consecutus est beruft, so kömmt dagegen zu bemerken, daß die unterstrichenen

Zwar statuirt auch rücksichtlich der letzteren Marezoll die Anwendbarkeit der Const. 3 cit., soferne es res heredis sind oder aber Sachen eines extraneus, die jedoch vom Vermächtnißträger behufs Entrichtung des Vermächtnisses erworben wurden. Allein Marezoll thut dieß lediglich in Konsequenz seiner Ansicht über die Const. 1 cit., anerkennend, daß die Const. 3 blos eine weitere Fortentwicklung der in der Const. 1 allen Vermächtnißnehmern ertheilten rei vindicatio enthalte. Ist nun sein Vordersatz zu beanstanden, wie wir dieß thun zu müssen glaubten, so ergibt sich im Wege der nämlichen Schlußfolgerung auch das entgegengesetzte Resultat, wonach die Veräußerung von vermachten dem Erblasser nicht zugehörig gewesenen Sachen an und für sich gültig ist und den Vermächtnißträger lediglich zur Entschädigungsleistung verpflichtet.

Dagegen macht es, wenn res testatoris propriae in Frage, keinen Unterschied, ob es einzelne Sachen sind, oder universitates rerum, ob res nec fungibiles oder res fungibiles. Selbst Baargeld, vorausgesetzt, daß die nummi als solche, nicht etwa blos Summen vermacht wurden, ist der Veräußerung entzogen und kann ungeachtet einer erfolgten Veräußerung vom Vermächtnißnehmer vindizirt werden. Nur kömmt der in Ansehung des Geldes bestehende und durch die Const. 3 cit. nicht berührte Rechtsgrundsatz in Betracht, daß das Eigenthum an Geld erlischt, sobald es in den Händen eines Dritten mit dem eigenen Gelde desselben vermischt worden ist. [2])

Aus obigen Gesichtspunkte rechtfertigt sich auch der Ausschluß der analogen Anwendung der Const. 3 im Falle, daß Forderungen Vermächtnißgegenstand sind. [3])

Worte sich offenbar nur auf die unmittelbar vorher erwähnte notio hypothecaria beziehen. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 301 Nr. 4.

[2]) Fr. 78 de solut. (46,3).

[3]) Anderer Ansicht ist z. B. Sintenis (Prakt. gem. Zivilrecht Bd. III §. 213 Note 15 S. 737): „Was hier (in der Const. 3) unter Voraussetzung von Sachen gesagt ist, ist analog auch auf nomina legata anzuwenden; doch kann dadurch natürlich die Rückzahlung fälliger Schulden nicht aufgehalten werden."

Der Vermächtnißträger kann die vermachte Forderung gültig einkassiren, nachlassen oder sonstwie mit dem Schuldner pazisziren; er kann dieselbe auch mit Rechtswirksamkeit an einen Andern durch Zession übertragen.

Dabei kömmt jedoch folgendes in Betracht:

Bei einem Singularvermächtnisse wird, sobald dies legati vel fideicommissi gekommen, also wenn dasselbe pure angeordnet ist, im Augenblicke der Erbschaftsantretung zufolge Const. 18 de leg. (6, 37):[4])

> Ex legato nominis actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur —

die Zession der Klage Seitens des Erben an den Vermächtnißnehmer sofort als geschehen fingirt. —

Gleiches findet in Kraft des Trebellianischen Senatsschlusses beim Universalvermächtnisse statt, sobald die Erbschaft oder die Erbschaftsquote restituirt ist.

Hieraus folgt aber in Gemäßheit der bei der Zession geltenden Grundsätze für die Zeit nach dem dies veniens bei Singularvermächtnissen, nach der Restitution bei Universalvermächtnissen — einmal, daß der Schuldner, sobald er von dem Vermächtnisse Kenntniß hat, nicht mehr gültig an den Vermächtnißträger zahlen oder mit ihm in Ansehung der Forderung pazisziren kann; sodann daß der Vermächtnißnehmer im Kollisionsfalle den Vorrang hat vor demjenigen, welchem der Vermächtnißträger die Forderung — nach dem dies veniens, nach erfolgter Restitution — durch Zession übertragen hat.[5])

Wenn übrigens auch das Veräußerungsverbot der Const. 3 cit. nicht analog auf Forderungen angewendet werden darf, so muß doch in Folge moderner Rechtsentwicklung dasselbe aus-

---

[4]) Ueber das frühere Recht vgl. fr. 44 §. 6 de leg. I, fr. 105 eod.

[5]) Vgl. über die ganze Frage die zum Theil abweichenden Ausführungen bei Roßhirt a. a. O. II S. 253 ff. insbesondere S. 266 N. 2.

gedehnt werden auf solche Werthpapiere, welche nicht blos Beweismittel, sondern Repräsentanten der Forderung sind, auf gleicher Stufe mit andern beweglichen Sachen von Werth, wie Uhren, Bücher ꝛc. stehen und als Gegenstand der Vindikation anerkannt sind.[6])

§. 12.

3) Rechtsverhältniß des Dritten, an welchen der Vermächtnißträger den Vermächtnißgegenstand veräußert hat.[1])

Wenn durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot die Veräußerung einer Sache untersagt ist, so kann auf denjenigen, auf welchen gleichwohl thatsächlich veräußert wird, das Eigenthum nicht übergehen, es verbleibt vielmehr bei demjenigen, welcher es bisher hatte.[2])

Daraus folgt aber noch nicht, daß auch das der Veräußerung vorausgehende Geschäft, Verkauf, Schenkung u. dgl. nichtig sei. Zwar kann es weder die Grundlage der Publizianischen Klage noch der ordentlichen erwerbenden Verjährung sein — s. unten §. 14; der Erwerber kann auch nicht mit der Kontraktsklage auf Uebergabe der Sache klagen.

Dagegen im Uebrigen ist dasselbe, soferne nur der Erwerber in gutem Glauben war, d. h. die Unver-

---

[6]) Vgl. Seuffert's prakt. P. R. ed. III Bd. 1 S. 204—5, §. 150 Note 1. Die römisch-rechtliche Auffassung anlangend, sieh fr. 44 §. 5 de leg. I: Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio; nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

[1]) Lauck in der Gießn. Zeitschrift Bd. V S. 8 ff. Brandis ebendas. Bd. VII S. 180 ff. Vangerow Lehrbuch ed. VI §. 299 Bd. I S. 629 ff.; Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. Braunschweig 1853 §. 3 S. 21 ff.

[2]) Const. 8, 11, 15, 16 de praed. et aliis reb. min. (5,71); Const. 5 de distr. pign. (8,28). Brandis a. a. O. S. 183 Nr. 2. Sieh oben S. 67 a. E.

äußerlichkeit nicht kannte, als rechtsgültig anzusehen, so daß also der Erwerber die Kontraktsklage auf volle Entschädigung gegen den Vermächtnißträger hat.*) Dieß muß für Sachen, in Ansehung welcher lediglich ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht, um so mehr angenommen werden, als selbst Kaufgeschäfte über res extra commercium oder über liberi homines zum Zwecke der Ermöglichung vollständiger Entschädigung des gutgläubigen Käufers in einer Reihe von Gesetzesstellen als gültig bezeichnet werden. Vgl. fr. 4. 6 pr., fr. 34 §. 2 fr. 62 § 1, fr. 70 de contrah. emt. (18, 1), fr. 39

*) Vgl. Brandis, Wangerow a. a. O. Fr. 5. §. 5 de reb. eor. qui sub tut. (27,9) und Const. 9 de praed. min. (5,71) sind wohl von Fällen zu verstehen, in welchen der dritte Kontrahent in bona fide war. In Const. 4 de litig. (8,37) heißt es zwar Anfangs ganz allgemein: Censemus, si quis lite pendente vel actiones vel res, quas possidet, ad alium quendam transtulerit, sive scientem sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subjacere etc. Allein für den Fall, daß der Erwerber in bona fide war, wird im weiteren Verlaufe der Konstitution doch nur gesagt: tunc irrita rei alienatione facta etc. In Nov. 7 cap. 5 ist die Gültigkeit der Kontrakte über Kirchengüter in der Weise anerkannt, daß der Käufer eine Kontraktsklage gegen den veräußernden Kirchenpfleger haben solle, Mommsen a. a. O. S. 26 Note 14 a. E. beschränkt diese Bestimmung auf den Fall, wenn der Käufer in bona fide war, und auch Wangerow a. a. O. scheint dieß zu thun. Allein da die Nov. 7 eine Strafbestimmung gegen den Käufer ausspricht, er solle nämlich den gezahlten Kaufpreis zu Gunsten der Kirchenstiftung verlieren, und demselben in der Richtung gegen den Kirchenpfleger die Kontraktsklage nur aus dem besondern Motive gewährt, damit letzterer aus Furcht, Einbuße an seinem eigenen Vermögen zu erleiden, den Verkauf von Kirchengut unterlasse, so dürfte umgekehrt angenommen werden, daß die Nov. 7 cap. 5 den Fall der mala fides des Erwerbers vor Augen gehabt habe, wornach sich also diese Verordnung als eine singuläre Ausnahme darstellt. Vgl. Wangerow §. 610 Bd. III S. 326.

§ 3 de evict. (21, 2).[4]) Wenn in einzelnen Stellen, wie in fr. 42 de usurp. et usucap. (41, 3)[5]) arg. a contr. fr. 49 de minor. XXV annis (4, 4), Const. 22 de adm. tut. (5, 37) Const. 1 de praed. decur. (10, 33) vgl. mit Const. 1, 2 Cod. Theod. (12, 3) Const. 3 Cod. Theod. de contrah. emt. (3, 1), es gleichwohl heißt: venditio non valet, nulla, infirma est, so ist entweder venditio gleichbedeutend mit alienatio genommen, oder es ist der Fall vorausgesetzt, daß wegen Wissenschaft des Erwerbers das Geschäft wirklich ungültig war, oder es will damit gesagt werden, daß der eigentliche Zweck des Kaufes nicht erreicht werde.[6])

War der Erwerber bei Abschluß des Rechtsgeschäftes in mala fide, so muß nicht blos das letztere als ungültig betrachtet werden, sondern es kann regelmäßig der Erwerber auch nicht den gezahlten Kaufpreis kondiziren, da kein gesetzlicher Fall einer Kondiktion gegeben ist.[7])

---

[1]) Mommsen a. a. O. §. 12 ff. S. 112 ff. negirt auch für den Fall der bona fides des Erwerbers die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, während er einräumt, daß der Grundsatz der unbedingten Nichtigkeit eines jeden Geschäftes, dessen Erfüllung schlechthin unmöglich ist, sich Angesichts der klaren Quellenzeugnisse, was Kaufgeschäfte über freie Menschen anlangt, nicht aufrecht erhalten lasse. In gleicher Weise sprechen sich für unbedingte Nichtigkeit eines jeden Rechtsgeschäftes über eine res extra commercium aus Savigny System Bd. III S. 302 ff.; Göschen Vorl. Bd. II, 2 S. 179; Sintenis Zivilrecht Bd. II §. 83 Note 22. Sich jedoch Brandis a. a. O. und Bangerow a. a. O. Bd. I S. 630 — welche beide Schriftsteller sich für die Behauptung, daß das gesetzliche Veräußerungsverbot im Falle guten Glaubens des Erwerbers nicht Nichtigkeit des der Veräußerung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes zur Folge habe, auf Stellen beziehen, die zunächst von res extra commercium (und liberi homines) reden.

[2]) S. unten §. 14 Note 3.

[3]) Brandis a. a. O. S. 182.

[4]) Glück Komm. Bd. XVI S. 50. A. A. Lauck a. a. O. S. 10.

Soviel im Allgemeinen. Es ſind nunmehr die beſondern geſetzlichen Beſtimmungen in Anſehung des Vermächtnißgutes ins Auge zu faſſen.

Juſtinian ſtatuirt vorerſt (am Ende des §. 3 der Const. 3 comm. de leg.) für alle Fälle des Vermächtniſſes:

> legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat, rem vindicare et sibi assignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo —

und verordnet dann in §. 4 weiters was folgt:

1) der Käufer von Vermächtnißgut ſolle, wenn er rei gravamen gekannt habe, gegen den Verkäufer eine Klage, jedoch lediglich auf Reſtitution des Kaufpreiſes haben, ohne auf Grund einer duplae stipulatio oder von Meliorationen einen Anſpruch erheben zu können;

2) demjenigen, welchem Vermächtnißgut verpfändet worden, ſolle gleichwohl die Befugniß zuſtehen, mit der actio pignoraticia in personam contraria gegen den Verpfänder zu klagen;

3) wenn der Käufer in bona fide (d. h. aus entſchuldbarem Irrthum in Unkenntniß von der Vermächtnißqualität) geweſen, ſo ſolle er die ihm nach dem früheren Rechte gegen den Verkäufer zugeſtandenen Rechte ungeſchmälert behalten.

Nach dieſen Normen ſolle verfahren werden —

> ut ex omni parte omnique studio id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, et ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur.

Anlangend nun die dem Gläubiger des Vermächtnißträgers, auch wenn er in mala fide geweſen, zugeſicherte actio pignoraticia in personam contraria, ſo hat wohl Juſtinian in dieſer Beziehung nichts neues eingeführt. Denn durch Ueberlieferung einer Sache zu Fauſtpfand kontrahirt der Empfänger die Verbindlichkeit zur Reſtitution der Sache mit Früchten und Akzeſſionen ſowie zur Präſtation jeder Kulpa ganz unabhängig

---

Nicht ausgeſchloſſen erſcheint für den Fall, daß der Veräußernde ſelbſt vindizirt, eine exceptio doli zum Zwecke der Wiederverlangung des gezahlten Kaufpreiſes. S. unten Noten 11 und 12.

von der Entstehung des Pfandrechtes.[1]) Hiernach kann es aber für die Frage der Gültigkeit des contractus pignoraticius von keinem Belang sein, ob die als Faustpfand überlieferte Sache veräußerlich sei oder nicht, ebensowenig als dieß in Betracht kömmt bei andern Realkontrakten, wie beim depositum, beim commodatum; es muß also auch umgekehrt demjenigen, welchem eine Sache als Faustpfand überliefert worden ist, die actio pignoraticia in personam contraria gestattet sein, ohne Rücksicht auf Veräußerlichkeit oder Nichtveräußerlichkeit der Sache, sowie ohne Rücksicht darauf, ob derselbe die Unveräußerlichkeit gekannt habe oder nicht.

Neu ist dagegen die unter 1) aufgeführte Bestimmung, wornach auch derjenige Käufer, welcher vom Vermächtnißnexus Kenntniß hatte, in allen Fällen wenigstens zur Zurückforderung des Kaufpreises befugt sein soll. Dieselbe wird zwar allgemein[2]) auf den Fall des bedingten (Singular- oder Universal-) Vermächtnisses beschränkt und in dieser Beschränkung dadurch zu motiviren gesucht, daß im Falle einer pendente conditione erfolgten Veräußerung der vermachten Sache letztere zunächst sich nicht als aliena darstelle und die Möglichkeit der Defizienz der Bedingung gegeben sei. Allein ein genügender Grund für eine derartige Beschränkung läßt sich aus der Const. 3 selbst nicht entnehmen. Daß im §. 3 derselben vorzugsweise vom bedingten Vermächtnisse die Rede ist, kann nicht in Betracht kommen:

---

[1]) Fr. 9 §. 4, fr. 11 §. 2 de pign. act. (13,7); Puchta Pand. §. 320 Note b. Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 12 Note 10.

[2]) Vgl. z. B. Giphanius l. c. II p. 184; Perez Praelectiones in XII libros Cod. p. 543; Vangerow a. a. O. Bd. III §. 610 Anm. 5 S. 328; Mommsen a. a. O. S. 43 Note 10—12. Der letztgenannte Schriftsteller erklärt die Bestimmung der Const. 3 §. 4 cit. in der Weise, daß als Willensmeinung des Käufers, der das resolutiv bedingte Recht des Verkäufers kenne, anzunehmen sei, den Vertrag nur für den Fall abzuschließen, daß die Widerruflichkeit des Rechts nicht demnächst einen Verlust desselben veranlassen werde.

um so weniger als am Ende des §. 3 noch einmal sämmtliche Fälle des Vermächtnisses erwähnt sind. Der Wortlaut des §. 4 gewährt durchaus keinen Anhaltspunkt für fragliche Ansicht. Im Gegentheile sprechen die Worte quod sciens dedit pro aliena re entschieden dafür, daß §. 4 nicht blos auf das bedingte Vermächtniß zu beziehen sei, indem pendente conditione von einer veräußerten Vermächtnißsache gar nicht gesagt werden kann, daß sie für den Vermächtnißträger aliena sei.

Andererseits kann für das pure sowie für das bedingt hinterlassene Singularvermächtniß nicht etwa aus dem Grunde die Anwendbarkeit der Const. 3 §. 4 cit. in Abrede gestellt werden, weil bei ihnen Veräußerungen sich nicht erst zufolge gesetzlichen Veräußerungsverbotes als ungültig darstellen. Denn Justinian beabsichtigte, wie früher schon hervorgehoben wurde, in der Const. 3 cit. nicht blos für diejenigen Fälle des Vermächtnisses Vorsorge zu treffen, für welche solche veranlaßt war, sondern er wollte auch die ganze Materie im Zusammenhange darstellen. Da nun §. 4 der Const. 3 cit. ohne Beschränkung auf gewisse Fälle erlassen ist, so muß derselbe auch auf alle Fälle des Vermächtnisses bezogen werden. Demzufolge ist insbesondere dem dritten Erwerber einer pure hinterlassenen Sache eine Klage auf Restitution des gezahlten Preises auch dann zu gestatten, wenn er vom Vermächtnißnexus Kenntniß hatte, obwohl er eine solche nach den allgemeinen Grundsätzen über wissentlichen Erwerb einer fremden Sache nicht haben würde.[10])

Den bisherigen Erörterungen zufolge kann

1) der Vermächtnißnehmer in allen Fällen, wenn dies legati vel fideicommissi gekommen oder beim Universalvermächtnisse, wenn dasselbe restituirt oder für restituirt anzusehen ist, mit der Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber der Vermächtnißsache auf Herausgabe desselben und ihrer Nutzungen, soweit sie ihm gebühren, klagen, ohne daß dieser, wie sich von selbst

---

[10]) Vgl. Const. 27 de evict. (8,45); Const. 7 comm. utriusque judicii (3,38); — Bangerow a. a. O.

verſteht, von der exceptio rei venditae et traditae Gebrauch machen könnte, aber auch ohne daß er befugt wäre, die Sache bis zur Rückerſtattung des für dieſelbe Gegebenen zu retiniren. Auch

2) der Vermächtnißträger ſelbſt, der faktiſch veräußert hat, kann den veräußerten Vermächtnißgegenſtand vom Erwerber mit der Eigenthumsklage in Anſpruch nehmen.[11]) War der Erwerber in mala fide, ſo ſtellt ſich der der thatſächlichen Veräußerung zu Grunde liegende Vertrag als ungültig dar und kann ſich alſo der Beklagte auch nicht der exceptio rei venditae et traditae bedienen, wohl aber die Sache bis zur Reſtitution des dafür gezahlten Preiſes retiniren.[12]) War er dagegen in bona fide, ſo erſcheint zwar der Vertrag als gültig. Allein der Kläger wird die exceptio rei venditae et traditae durch eine auf die Nichtigkeit der Veräußerung ſich gründende replicatio elidiren können. Vgl. fr. 1 §. 5 de except. rei vend. et trad. (21,3): nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur. Dagegen iſt der Beklagte befugt, vom Kläger einredeweiſe volle Entſchädigung, nicht blos Rückzahlung des Kaufpreiſes in Anſpruch zu nehmen.

3) Der gutgläubige Käufer kann, wenn er die gekaufte Sache an den Vermächtnißnehmer herausgeben mußte, mit der Vertragsklage unter den gewöhnlichen Vorausſetzungen vom Vermächtnißträger volle Evikitionsleiſtung beanſpruchen; war dagegen

4) der Käufer in mala fide, ſo gewährt ihm zwar das Geſetz einen Anſpruch auf Reſtitution des gezahlten Kaufpreiſes; aber mehr als den Erſatz des Kaufpreiſes kann er von ſeinem Autor nicht verlangen.

5) War einem Gläubiger des Vermächtnißträgers eine Vermächtnißſache als Fauſtpfand gegeben, ſo ſteht ihm, auch wenn er von der Vermächtnißqualität unterrichtet war, gegen ſeinen

---

[11]) Vgl. Braudis a. a. O. S. 184 ff. Bangerow a. a. O. Schmid Handbuch ꝛc. Bd. I S. 36 zu und Note 10.

[12]) Letzteres nicht erſt in Folge der Const. 3 §. 4 cit. Sieh oben Note 7.

Schuldner (den Vermächtnißträger) die actio pigneraticia in personem contraria auf Ersatz der Verwendungen und Meliorationen zu, da der contractus pigneraticius nicht nothwendig mit dinglicher Belastung, d. h. theilweiser Veräußerung des Gegenstandes, den er betrifft, in Zusammenhang steht.

Anlangend schließlich die Beweislast, so ist wohl davon auszugehen, daß es dem Vermächtnißträger, wenn er die Verbindlichkeit zur vollen Entschädigung desjenigen, an welchen er veräußert hat, beseitigen will, obliege, darzuthun, sein Gegner sei beim Erwerb der Sache in mala fide gewesen, d. h. er habe entweder die Vermächtnißqualität gekannt oder es falle ihm unentschuldbarer Irrthum zur Last.

§. 13.

4) Einfluß der beiderseitigen bona fides.

Es kann Fälle geben, in denen der eine Nachlaßsache veräußernde Erbe in der That keine Kenntniß davon hat, daß diese Sache Gegenstand eines Vermächtnisses sei und zwar ohne daß irgendwie diese Unkenntniß ihm zur Last gelegt werden könnte; so wenn der Testator verordnete, es sollte ein Kodizill erst beim Tode des Erben eröffnet werden oder aber ein Kodizill sich erst später vorfindet.

Soll nun in solchen Fällen eine vorgenommene Veräußerung rechtsungültig sein, so zwar, daß der gutgläubige Vermächtnißträger gehalten ist, seinem Sukzessor volle Eviktionsleistung zu gewähren.

In der Const. 3 commun. de leg. et fid. ist keineswegs ausdrücklich bestimmt, daß eine Veräußerung nur in soferne rechtsungültig sein solle, als der Vermächtnißträger Kenntniß vom Vermächtnisse hatte. Allein nicht zu verkennen ist, daß die ganze Art, wie die Verordnung sich ausdrückt, besonders aber die Erwähnung der Gewinnsucht

(verb.: sin autem avaritiae cupidine etc.)

darauf hindeutet, Justinian habe nur solche Veräußerungen im Sinne gehabt, welche im Bewußtsein des Vermächtnißnexus geschehen sind.

Hiefür spricht auch die Aufnahme des fr. 89 §. 7 de legat. II. (siehe oben §. 3 N. 11) in die zwei Jahre nach Erlassung der Const. 3 cit. promulgirten Pandekten. Diese Stelle bezieht sich, wie bereits erwähnt, auf die alte missio in rem; insoferne hätte sie für das Justinianeische Recht keine praktische Bedeutung gehabt. Will man nun nicht geradezu die Aufnahme des fr. 89 §. 7 cit. als auf einem Versehen beruhend bezeichnen, was man nur im äußersten Falle thun dürfte, [1]) so muß man ihr eine vom Institute der in rem missio unabhängige praktische Bedeutung beilegen, und geschieht dieß, so ist eben im fr. 89 §. 7 eine Rechtfertigung der Behauptung zu sehen, daß Justinian in der Const. 3 lediglich Veräußerungen, die im Bewußtsein des Vermächtnißnexus geschehen sind, habe untersagen wollen.

Dabei ist jedoch folgendes zu bemerken:

1) Die bona fides des Veräußerers allein kann nicht für genügend erachtet werden, um die Anwendbarkeit des gesetzlichen Veräußerungsverbotes auszuschließen. Vielmehr muß auch der Erwerber selbst in bona fide gewesen sein. War er in mala fide, so ist kein Grund vorhanden, ihn wegen der bona fides seines Autors besser zu stellen und letzterer erscheint nicht benachtheiligt, da er auf volle Eviktionsleistung nicht belangt werden kann, sondern nur in die Lage versetzt wird, seinem Käufer den Kaufpreis zu restituiren, anstatt dem Vermächtnißnehmer die Aestimation zu prästiren. Dazu kömmt, daß im fr. 89 §. 7 cit. ausdrücklich auch auf die bona fides des Käufers Gewicht gelegt ist.

2) Voraussetzung der Gültigkeit der Veräußerung ist jedenfalls entschuldbare Unkenntniß des Vermächtnisses auf Seiten des Vermächtnißträgers wie des Dritten, an welchen er veräußert hat. Berücksichtigt man nun, daß es der Erblasser in der Hand hat, eine solche Unkenntniß auf Seite des ersteren geradezu abzuwenden, so erscheint fragliche Ausnahme in der That nicht so exorbitant, als man auf den ersten Augenblick meinen sollte. [2])

[1]) Marezoll ist geneigt, dieß zu thun — a. a. O. S. 133.

[2]) Es ist aber auch kein Grund vorhanden, mit älteren Juristen zu

3) Wenn auch im älteren Rechte wahrscheinlich eine in rem missio ohne Rücksicht auf die beiderseitige bona fides des Vermächtnißträgers und desjenigen, an welchen derselbe veräußert hatte, in dem Falle ertheilt wurde, wenn ersterer insolvent geworden war, so dürfte doch für das Justinianeische Recht die Annahme den Vorzug verdienen, daß, wenn der Vermächtnißträger wirklich aus entschuldbarem Irrthum die Vermächtnißqualität der Sache nicht gekannt hatte, ingleichen derjenige, an welchen die Veräußerung geschah, ein Anspruch des Vermächtnißnehmers gegen letzteren selbst dann ausgeschlossen sei, wenn vom ersteren wegen Insolvenz desselben nichts mehr zu erholen ist.[2])

4) Eigenthum kann auf Grund der beiderseitigen bona fides nur dann auf den Erwerber übergehen, wenn der veräußernde Erbe auch wirklich Eigenthümer des Vermächtnißgegenstandes ist; also nicht, wenn es sich um eine pure vermachte

---

unterscheiden, ob die entschuldbare Unkenntniß geradezu ex facto defuncti herrühre oder aber nicht. Vgl. Brunnemanni Comm. in Pand. ad fr. 89 §. 7 cit.

[2]) Anderer Ansicht sind z. B. Brunnemann l. c., Giphanius l. l. c. II pag. 185. S. auch Schweder l. c. p. 24. Die zwei letzteren Schriftsteller berufen sich insbesondere auf fr. 94 §. 1 de leg. I: Qui rogatus erat hereditatem, ex qua servus ejus heres institutus erat, restituere, quum alii servum vendidisset, quaesitum est, an hereditatem restituere cogendus esset is, ad quem hereditas ex emtione servi heredis scripti pervenerit? Dixi compellendum esse ad fideicommissum restituendum eum, qui servum suum heredem scriptum vendidit, quum pretium hereditatis, quam restituere rogatus est, habeat. Is autem, ad quem hereditas ex emtione servi heredis scripti pervenerit, ex causa cogendus erit, fideicommissum praestare, id est si dominus servi heredis scripti solvendo non erit. Allein diese Stelle enthält wohl nur eine Besonderheit des Sklavenrechtes — vgl. fr. 62 de leg. II. S. Ant. Faber Err. Pragm. Dec. 70 error. 7. Das gleichfalls in Bezug genommene fr. ult. de eo per quem factum erit (2,10) gehört augenscheinlich gar nicht hieher.

Sache handelt, oder um eine ex die certo vermachte, wenn der dies bereits eingetreten. Aber auch im Falle eines bedingten Singularvermächtnisses kann die beiderseitige bona fides existente conditione die Resizifion des Eigenthums nicht hindern, da dieselbe nicht erst etwa in Folge der Const. 3. § 3 commun. de leg. sondern schon in Kraft der eingetretenen Bedingung vor sich geht.

Unter der Voraussetzung der beiderseitigen bona fides geht somit das definitive Eigenthum auf den Dritten nur über, wenn eine ex die certo vermachte Sache vor Eintritt des dies oder eine zu einem Universalvermächtniß gehörende Sache vor Restitution desselben veräußert wurde. [4]) Wenn dagegen eine pure oder eine ex die certo vermachte Sache nach Eintritt des dies veräußert wird; ingleichen wenn eine bedingt vermachte Sache veräußert wurde, die Bedingung aber eintritt; endlich im Falle eines Universalvermächtnisses, wenn nach der Restitution desselben eine dazu gehörige Sache etwa von dem das Sachverhältniß nicht kennenden Erben des Fiduziars zur Veräußerung gebracht wird —: so vermag die beiderseitige bona fides nur soviel zu bewirken, daß der gesetzliche Ausschluß der ordentlichen Usukapion zessirt, und hiernach durch ordentliche Verjährung auf Seiten des dritten Erwerbers Eigenthum entstehen kann. [5]) Siehe den folgenden Paragraphen.

5) Was die Beweislast betrifft, so dürfte dieselbe dahin zu normiren sein, daß der verklagte dritte Besitzer den Beweis zu liefern hat, es habe der veräußernde Vermächtnißträger vom

---

[4]) Vgl. Schweppe Röm. Priv. R. (ed. IV von Mejer) §. 938 Bd. V S. 388 Note 5 lit. e; Göschen Vorles. über das gemeine Civilrecht. Ausg. von Errleben Gött. 1840 Bd. III Abth. II §. 1072 S. 665. Seuffert's Prakt. Pand. Recht ed. III Bd. III §. 618 Note 6 S. 298—299, §. 641 Note 3 S. 336—337. S. auch Giphanius l. c.

[5]) Unterholzner gesammte Verjährungslehre §. 76 Bd. I S. 252 ff. Puchta Pand. §. 158 Nr. 7 lit. e; Arndts Pand. S. 228 Anm. 4 lit. b S. 834 Note e.

Vermächtnisse aus entschuldbarem Irrthum keine Kenntniß gehabt, wogegen es dem vindizirenden Vermächtnißnehmer überlassen bleibt, darzuthun, der dritte Erwerber habe seinerseits vom Vermächtnisse Kenntniß gehabt oder wenigstens aus unentschuldbarem Irrthume die Existenz desselben nicht gekannt.[6])

§. 14.

5) Ausschluß der erwerbenden Verjährung im Gefolge des gesetzlichen Veräußerungsverbotes.

Vor Erlassung des Const. 3 commun. de leg. et fid. bestand in Ansehung des Vermächtnißgutes weder ein gesetzliches Veräußerungsverbot noch war dasselbe der erwerbenden Verjährung entzogen. Veräußerte daher der Vermächtnißträger eine nicht in seinem Eigenthume stehende Vermächtnißsache, so konnte der Erwerber wenigstens auf Grund des der Veräußerung vorausgehenden Rechtsgeschäftes durch Verjährung Eigenthum erlangen, soferne die sonstigen Voraussetzungen der letzteren gegeben waren. Hiernach war außer dem kontinuirlichen Ablauf der gesetzlichen Verjährungszeit bona fides auf Seiten des Erwerbers zur Zeit der Erwerbung erforderlich; außerdem aber auch bei beweglichen Sachen bona fides des Vermächtnißträgers, weil mala fides desselben die Sache zur furtiva machte,[1]) dadurch aber der (ordentlichen) erwerbenden Verjährung entzog. Wenn zur Zeit der Veräußerung der Vermächtnißträger zwar Eigenthümer, allein sein Eigenthum in Folge einer Bedingung ex tunc widerruflich war, so konnte gleichwohl, wenn nachher die Bedingung eintrat, der dritte Erwerber, soferne er in entschuldbarem Irrthum über den Vermächtnißnexus gewesen war, durch Verjährung Eigenthum erlangen und zwar war der Lauf derselben zu rechnen vom Zeitpunkte des erlangten Besitzes der Sache, nicht erst vom Zeitpunkte der existens conditio an.[2]) Der

---

[6]) Vgl. Schweder l. c. §. XIV pag. 24.

[1]) Nach den zwölf Tafeln und der lex Atinia — §. 2. Inst. de usucap. (2,6).

[2]) Vgl. Puchta's Pand. §. 160 Note a in fine.

Gesichtspunkt einer res furtiva konnte begreiflicher Weise im Falle einer pendente conditione geschehenen Veräußerung nicht Platz greifen.

In der Const. 3 cit. wurde nun ein gesetzliches Veräußerungsverbot in Ansehung des betagten Singularvermächtnisses sowie in Ansehung des Universalvermächtnisses erlassen. Hiemit war aber bereits der Ausschluß der (ordentlichen) erwerbenden Verjährung gegeben. Denn das gesetzliche Veräußerungsverbot hatte auch Nichtigkeit des der thatsächlichen Veräußerung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes wenigstens insoferne zur Folge, daß es an einem justus titulus mangelte wie für die Publiciana in rem actio — fr. 12 §. 4 de Publ. in rem act. (6, 2):

> Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat —

so für die (ordentliche) erwerbende Verjährung.

Vgl. fr. 28 pr. de V. S. (50, 16) — Paulus:

> Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.[3])

Wohl aber war Anlaß vorhanden, den Ausschluß der erwerbenden Verjährung für das pure und bedingte Singularvermächtniß speziell zu verfügen, da auf diese, wie früher (§. 8) gezeigt worden, das gesetzliche Veräußerungsverbot sich nicht beziehen läßt.[4]) Justinian hat nun in seinem Streben durch erschöpfende Be-

---

[3]) Das fr. 42 de usurp. et usucap. (41,3): Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet — (siehe oben §. 12 Note 5) ist von der Ungültigkeit des Usukapionstitels zu verstehen; der Verkauf des Dotalgrundstückes ist ohne Rücksicht auf bona fides des Erwerbers insoweit nichtig, daß auf demselben keine ordentliche erwerbende Verjährung gebaut werden kann. Vgl. Savigny System §. 203, Note 66 Band IV S. 559 und Beilage IX Nr. IV Note c S. 569.

[4]) Sieh übrigens den Schluß dieses Paragraphen.

handlung der ganzen Materie jedem Zweifel vorzubeugen, für alle Fälle des Vermächtnisses den Ausschluß der erwerbenden Verjährung verfügt. Nachdem er nämlich im §. 3 der Const. 3 in Ansehung des bedingten Vermächtnisses die retrotraktive Kraft der eingetretenen Bedingung neuerdings anerkannt, bez. für das bedingte Universalvermächtniß ein eventuelles gesetzliches Veräußerungsverbot erlassen hatte, verordnete er zunächst für die Fälle des bedingten Vermächtnisses den Ausschluß der erwerbenden Verjährung und setzte dann bei:

> Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

Dabei kömmt jedoch folgendes zu bemerken:

1) Der Ausschluß der erwerbenden Verjährung in Ansehung von Vermächtnißgut ist blos auf die ordentliche Ersitzung zu beziehen. Die Ausdehnung desselben auf die außerordentliche (Const. 8 de praescript. 30 vel 40 ann. 7, 39 — s. 528.) ist durch den Wortlaut der Const. 3 cit. nicht veranlaßt, und rechtfertigt sich um so weniger, als die außerordentliche Verjährung keinen justus titulus voraussetzt, somit also auch nichts darauf ankommen kann, daß in Folge des gesetzlichen Veräußerungsverbotes der über das Vermächtnißgut abgeschlossene Kauf (oder das sonstige Rechtsgeschäft) nicht einen Usukapionstitel bilden kann.

2) die ordentliche Ersitzung ist im Falle eines bedingten oder betagten Singularvermächtnisses nicht etwa blos bis zum Eintritt der Bedingung oder des dies ausgeschlossen; ebensowenig im Falle eines Universalvermächtnisses blos bis zur Restitution desselben; sondern es kann dieselbe überhaupt nicht in Frage kommen, wenn von Seiten des Vermächtnißträgers Vermächtnißgut veräußert worden ist.[5])

[5]) A. A. z. B. Westphal Darstellung der Lehre von den Vermächtnissen I S. 602.

3) Die außerordentliche Ersitzung ist an und für sich nicht ausgeschlossen, allein sie kann, da sie der Klagenverjährung nachgebildet ist, erst dann zu laufen anfangen, wenn die Klage des Vermächtnißnehmers nata ist.

4) Hat der Vermächtnißträger nicht selbst durch eigene positive Handlung den Grund zur Usukapion gelegt, war etwa schon bei Lebzeiten des Erblassers ein Dritter in Usukapionsbesitz der nachher dem Vermächtnißnexus unterstellten Sache, so steht kein Hinderniß im Wege, daß der Dritte durch ordentliche Ersitzung Eigenthum erwerbe. Auf einen solchen Fall bezieht sich der Ausspruch des Paulus in fr. 28 pr. cit. nicht. [6])

5) In Gemäßheit der Ausführungen zum vorigen §. ist die Const. 3 cit. nicht auf solche Fälle anzuwenden, in denen sowohl der veräußernde Vermächtnißträger als der Erwerber aus entschuldbarem Irrthum in bona fide gewesen sind. Hiernach muß, wenn entweder von Anfang an nicht Eigenthum auf den letzteren überging oder das übergegangene in Folge eingetretener Bedingung der Resolution unterlag, doch die ordentliche Ersitzung unter den gewöhnlichen Voraussetzungen für statthaft erachtet werden.

Da nun jede erwerbende Verjährung auf Seiten des Erwerbers bona fides erfordert und im Falle wissentlicher Veräußerung einer beweglichen res aliena die Qualität einer res furtiva begründet wird; so ergibt sich, daß der in der Const. 3 cit. verfügte ausdrückliche Ausschluß der (ordentlichen) Ersitzung praktische Bedeutung nur unter der Voraussetzung hatte, daß die Veräußerung von Seiten des das Vermächtniß kennenden Vermächtnißträgers während des Schwebens der dem Vermächtnisse beigefügten Bedingung erfolgt war — denn hier konnte von einer res furtiva nicht gesprochen werden; — ferner wenn es sich um Veräußerung einer bereits dem Vermächtnißnehmer gehörigen res immobilis handelte. [7])

---

[6]) Vgl. Savigny System Bd. III Beil. IX pag. 563 insbes. Nr. III pag. 585.

[7]) Durch ein späteres Gesetz (Nov. 119 cap. 7) wurde allgemein

§. 15.

IV. Ausnahmen vom gesetzlichen Veräußerungsverbote.

Uebersicht. [1])

Die gesetzliche Regel, daß Vermächtnißgut unveräußerlich sei, erleidet eine Reihe von Ausnahmen.

Die Veräußerung ist nämlich erlaubt und gültig:

1) wenn sie nothwendig ist, um zur Zahlung von Erbschaftsschulden Geld zu schaffen:

2) zufolge des Rechtes des Vermächtnißträgers auf die Falzidische oder Trebellianische Quart, oder auf den Pflichttheil — in Ansehung der zur Deckung der Quart oder des Pflichttheiles erforderlichen Antheile an den Vermächtnißobjekten;

3) beim fideicommissum ejus quod supererit in Ansehung von drei Vierteilen des Nachlasses unbedingt, und was das letzte Viertel anlangt, unter bestimmten Voraussetzungen;

4) wenn der Universalvermächtnißträger, ohne den Nachlaß anzugreifen, außer Stand wäre, eine angemessene Heirathsausstattung zu gewinnen;

5) wenn der Erblasser die Veräußerung ausdrücklich oder stillschweigend gestattet hat;

6) wenn sämmtliche Betheiligte einwilligen;

7) wenn die Veräußerung sich als wirthschaftliche Nothwendigkeit darstellt;

8) wenn sie (außer dem Falle, daß Erbschaftsforderungen zu befriedigen sind — sieh Nr. 1) in Folge selbstständigen Rechtes eines Dritten geschieht;

9) wenn sie durch gerichtliche oder außergerichtliche Verhandlung des judicium familiae erciscundae zwischen mehreren Miterben veranlaßt ist, und zwar auch dann, wenn der Vermächtnißträger selbst zur Verhandlung des judicium provozirt hat.

---

die Usukapion im Falle wissentlicher Veräußerung einer fremden res immobilis ausgeschlossen.

[1]) Ueber Ausscheidung der eigentlichen Ausnahmen von den uneigentlichen (§. 7 a. E.) sieh den Schlußparagraphen.

Diese Ausnahmsfälle sind nunmehr in den folgenden §§. im Einzelnen zu erörtern.

§. 16.

1) Wegen Erbschaftsschulden.

Der Erblasser kann durch Anordnung von Vermächtnissen nicht die Rechte seiner Gläubiger verkürzen oder aufheben; der Umstand, daß eine Sache zum Gegenstand eines Vermächtnisses gemacht worden, nicht in Betracht kommen, wenn deren Veräußerung erforderlich ist, um Schulden des Erblassers zu bezahlen.

Fr. 114 § 14 de legat. I (§. 3 Note 16) verb.:

sed haec nec creditoribus neque fisco fraudi esse. Nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

Fr. 38 pr. de legat. III (§. 3 Note 15) verb.:

Respondi, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolveret.

Im Einzelnen kömmt Folgendes zu bemerken:

A. Einfluß der Erbschaftsschulden auf Singularvermächtnisse.

Der Singularvermächtnißnehmer als bloßer Singularsuksessor des Erblassers repräsentirt denselben nicht; er haftet nicht für dessen Schulden.

Hiernach können aber Singularvermächtnisse nur insoweit rechtliche Wirksamkeit haben, als die Nachlaßmasse nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger noch zur Entrichtung derselben hinreicht. Die Suffizienz der Erbschaft ist conditio juris für die Gültigkeit der Singularvermächtnisse.

Fr. 39 §. 1 de V. S. (50,16):

Bona intelliguntur cujuscunque, quae deducto aere alieno supersunt — vgl. mit fr. 36 de leg. II und fr. 36 pr. de leg. I.

Const. 22 §. 6 de jure delib. (6,30) verb.:

Licentia creditoribus non deneganda, adversus legatarios venire vel hypothecis vel indebiti con-

dictione uti, et haec quae accesserint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimam auxilium denegari; legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.[1])

Müſſen die vom Erblaſſer dem Vermächtnißverbande unterſtellten Objekte ganz oder theilweiſe zum Zwecke der Herbeiſchaffung von Mitteln für Befriedigung von Erbſchaftsgläubigern veräußert werden, ſo iſt von Rechtswegen gar nicht die Veräußerung von Vermächtnißgut in Frage und ceſſirt hiernach von ſelbſt das in Anſehung des Vermächtnißgutes beſtehende geſetzliche Veräußerungsverbot. Der Erbe kann ſolchenfalls die Vermächtnißobjekte ganz oder zum Theil (je nachdem die Erbſchaft vollſtändig oder nur theilweiſe zur Entrichtung der Vermächtniſſe unzulänglich iſt) veräußern, ohne die Zuſtimmung der Vermächtnißnehmer erholen zu müſſen. Allein da letzteren die Befugniß nicht abgeſprochen werden kann, die vom Erben geltend gemachte Unzulänglichkeit des Nachlaſſes zu beanſtanden, ſo wird derſelbe, wenn er ſicher gehen will, immerhin darauf angewieſen ſein, die Anerkennung der gänzlichen oder theilweiſen Unzulänglichkeit des Nachlaſſes von Seiten der Vermächtnißnehmer zu erwirken.

Ob nach Bezahlung der Erbſchaftsſchulden die Erbſchaft noch ſuffizient ſei zur gänzlichen oder theilweiſen Berichtigung der Vermächtniſſe, ob alſo letztere ganz oder theilweiſe rechtsbeſtändig ſeien, beſtimmt ſich nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers.[2]) Spätere Verminderungen des Nachlaſſes durch Untergang von Gegenſtänden, Inſolventwerdung von Erbſchaftsſchuldnern, welche im Augenblicke des Todes des Erblaſſers ſolvent geweſen waren, Konſumtion von Aktiven durch den Erben

---

[1]) In fr. 92 pr. de leg. I (ſieh oben §. 3 Note 10) muß vorausgeſetzt werden, daß der Nachlaß an ſich ſuffizient geweſen.

[2]) Hiefür ſpricht die Natur der Sache, nicht minder die Analogie der Berechnung des Pflichttheils ſowie der Berechnung der Falzidiſchen Quart.

können die Rechte der Vermächtnißnehmer nicht mehr beeinträchtigen oder aufheben und eine Inanspruchnahme des Vermächtnißgutes von Seiten der Erbschaftsgläubiger nicht rechtfertigen. Umgekehrt können spätere Vermehrungen des Nachlasses die Konvaleszenz eines sich einmal ganz oder zum Theile als ungültig darstellenden Vermächtnisses nicht zur Folge haben, soferne nicht der Grund dazu schon bei Lebzeiten des Erblassers gelegt war, wie z. B. im Falle einer bedingten Forderung.

In Gemäßheit der Novelle 1 Kap. 2 soll der Erbe, wenn er nicht ein Inventar unter Anwendung bestimmter Formen errichtet hat, gehalten sein, die Vermächtnißnehmer vollständig zu befriedigen, wenn gleich die Erbschaft dazu nicht hinreichen würde: also nöthigenfalls aus eigenem Vermögen. Allein die Nichtbeobachtung der Vorschriften der Novelle 1 Kap. 2 kann den Vermächtnißnehmern insoweit nicht zum Vortheile gereichen, als es sich darum handelt, ob und in welchem Maße sie gegenwärtig oder zukünftig auf einen bestimmten Nachlaßgegenstand Anspruch zu erheben und folgeweise der Veräußerung desselben entgegenzutreten befugt sind. In dieser Beziehung ist lediglich der reine Vermögensstand zur Zeit des Todes des Erblassers maßgebend. Ist diesem zufolge das Vermächtnißgut nothwendig, um die Erbschaftsschulden zu decken, so cessirt, insoweit dieß nothwendig ist, die Vermächtnißqualität; die Vermächtnißnehmer können ihre Ansprüche nicht auf Grund der Vermächtnißanordnung Seitens des Erblassers verfolgen, sondern nur in Folge Unterlassung einer gehörigen Inventur und der vom Gesetze dieser Versäumniß beigelegten Wirkung. Hiernach fällt aber auch ganz oder theilweise der Rechtsanspruch hinweg, welcher den Vermächtnißnehmern an und für sich auf einen bestimmten Nachlaßgegenstand zustehen würde; sie haben lediglich eine auf Entrichtung des Werthes des Vermächtnisses gerichtete Forderung gegen den Erben, ohne von diesem verlangen zu können, daß er die Erbschaftsgläubiger aus eigenen Mitteln zufrieden stelle, die vermachten Gegenstände aber ihnen, den Vermächtnißnehmern, aufbewahre.[3])

[3]) Anderer Ansicht ist Fritz in seinem Aufsatze über die Kollision

Wenn nicht das gesammte Vermächtnißgut erforderlich ist, um die Erbschaftspassiven zu decken, sondern nur ein Theil desselben, so ist dem oben Gesagten zufolge der Erbe — gleichviel ob mehrere Vermächtnißnehmer vorhanden oder nur einer, ob dem einen mehrere Gegenstände vermacht sind, oder nur ein einziger —, zunächst darauf angewiesen, die einzelnen Vermächtnißgegenstände, bez. die einzige vermachte Sache nach ideellen Theilen zur Veräußerung zu bringen, zu derjenigen Quote nämlich, welche erforderlich ist zur Deckung der Nachlaßpassiven, welche also im Vermächtnißnexus gar nicht mitinbegriffen erscheint. Allein eine solche Veräußerung nach Quoten wäre regelmäßig mit Schwierigkeiten und Nachtheilen verbunden, in vielen Fällen gar nicht durchführbar. Wie würde es z. B. angehen, die ideelle Hälfte eines vermachten Pferdes zu Markte zu bringen? Hier erheischt die Natur der Sache, das Bedürfniß des Lebens einen Ausweg.

Ein solcher bietet sich für den Fall, daß der Vermächtnißnehmer bereits Eigenthümer der vermachten Sache ist oder vielmehr Eigenthümer der zur Deckung von Nachlaßpassiven nicht erforderlichen Quote, dar im judicium communi dividundo. Soweit nämlich der Vermächtnißgegenstand in Anspruch genommen werden muß, um Erbschaftsschulden zu bezahlen, ist auch das Eigenthum an demselben nicht auf den Vermächtnißnehmer, sondern auf den Erben, als denjenigen, welcher für die Nachlaßschulden verhaftet ist, übergegangen, oder bei ihm die legati vel fideicommissi veniente verblieben. Der Erbe kann hiernach, wenn ein gütliches Uebereinkommen mit dem Vermächtnißnehmer nicht zu erzielen ist, gegen denselben die actio communi dividundo anstellen, und auf diese Weise durchsetzen, daß entweder eine reelle Abtheilung erfolgt, oder aber, wo diese, wie wohl in den meisten Fällen, nicht thunlich ist, entweder das Eigenthum an der ganzen Sache ihm gegen entsprechende Ab-

der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben im Archiv für ziv. Praxis Bd. XII S. 226 ff.; insbesondere: §. 2 S. 233—234 §. 5 a. E.

findung des Vermächtnißnehmers oder letzterem gegen theilweise Werthserlegung behufs Deckung der Nachlaßpassiven adjudizirt werde.

Ist aber dies legati vel fideicommissi noch nicht gekommen, somit der Erbe noch Eigenthümer des ganzen Vermächtnißgegenstandes, so kann von Anstellung der eigentlichen actio communi dividundo keine Rede sein, weil noch keine Kommunion besteht.[4]) Gleichwohl muß es dem Erben möglich sein, die Kollision der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer auf praktische Weise zu lösen, und kann das Recht der Erbschaftsgläubiger, Nachlaßobjekte nöthigenfalls als Befriedigungsmittel in Anspruch zu nehmen, nicht durch Anordnung von Vermächtnissen dem Erfolge nach vereitelt werden. Man muß daher dem Erben, bez. den Erbschaftsgläubigern die Befugniß beilegen, vom Richter zu verlangen, daß er dem Vermächtnißnehmer einen Termin vorsetze, innerhalb dessen letzterer die ihm vermachte Sache pro rata auslösen muß, wenn er nicht als in die Veräußerung und somit in die qualitative Veränderung des Vermächtnißgegenstandes einwilligend angesehen werden will.

Das Ergebniß der bisherigen Ausführung geht dahin, daß, insoweit das Singularvermächtnißgut nach dem Vermögensstande zur Zeit des Todes des Erblassers zur Bezahlung von Nachlaßpassiven erforderlich ist, kein Vermächtnißverband besteht, hiernach aber das gesetzliche Veräußerungsverbot zessirt; und daß bei theilweisem Erforderlichsein auch die im Vermächtnißverbande wirklich begriffenen ideellen Antheile der Vermächtnißobjekte in Folge der Verhandlung des eigentlichen oder eines antizipirten judicium communi dividundo in Mitleidenschaft gezogen werden können.

Allein auch außer diesen Fällen erscheint unter Umständen die Inanspruchnahme des Vermächtnißgutes zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden gerechtfertigt.

---

[4]) Fr. 1 comm. divid. (10,3):

Denique cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit.

Die Nachlaßmasse kann zweifellos zur Bezahlung der Erbschaftsschulden und zur Entrichtung der Vermächtnisse suffizient sein und doch es zur Zeit bei Nichtinanspruchnahme der Vermächtnißobjekte an Mitteln fehlen, um die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, weil sich etwa für Nachlaßobjekte augenblicklich keine geeigneten Käufer finden, weil etwa Aktivforderungen nicht sofort eingetrieben werden können.

Abgesehen hievon können Nachlaßforderungen von einer Bedingung abhängen, deren Eintritt die Suffizienz des Nachlasses zur Bezahlung der Erbschaftsschulden und Entrichtung der Vermächtnisse, hiemit also auch die Rechtsbeständigkeit der letzteren herausstellen würde, während deren Schwebe aber die Suffizienz des Nachlasses, folglich auch die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse ganz oder zum Theile in Frage ist.

Wenn nun der Erbe den gesetzlichen Vorschriften über Inventarisirung des Nachlasses Genüge geleistet hat, so können die Vermächtnißnehmer in solchen Fällen von ihm nicht verlangen, daß er die Vermächtnißobjekte ungeschmälert erhalte, die Erbschaftsgläubiger aber aus eigenem Vermögen befriedige oder vielmehr die Mittel zu ihrer Befriedigung vorstrecke. Auch kömmt in Betracht, daß der Erblasser dadurch, daß er sein Vermögen, einen Theil desselben oder einzelne Gegenstände dem Vermächtnißverbande unterstellt, den Rechten seiner Gläubiger in keiner Weise präjudiziren könne, letztere vielmehr nicht gehindert sein können, die einzelnen Nachlaßgegenstände nach der bei der Hülfsvollstreckung geltenden gesetzlichen Reihenfolge anzugreifen und deren Zwangsversteigerung zu veranlassen. Andererseits steht aber auch, soferne nur die gänzliche oder theilweise Suffizienz der Erbschaft zur Entrichtung der Vermächtnisse entweder bereits gewiß ist oder sich später herausstellt, fest, daß die Vermächtnisse ganz oder theilweise zu Recht bestehen und hiernach das Eigenthum an den Vermächtnißobjekten ganz oder zum Theile entweder schon auf die Singularvermächtnißnehmer übergegangen ist oder die legati vel fideicommissi veniente übergehen wird.

Unter diesen Umständen kann zwar die Befugniß des Erben, bez. der Erbschaftsgläubiger, das Vermächtnißgut anzu-

greifen, nicht beanstandet werden. Allein Voraussetzung ist, daß den Vermächtnißnehmern vorerst in geeigneter Weise Gelegenheit gegeben war, durch vorschußweise Befriedigung der Erbschaftsgläubiger den Verkauf der Vermächtnißobjekte abzuwenden.

Weder der Erbe, noch die Erbschaftsgläubiger können demzufolge ohne Weiteres zum Verkaufe schreiten; sie sind vielmehr darauf angewiesen, mit den Vermächtnißnehmern ins Benehmen zu treten und nöthigenfalls ein richterliches Urtheil zu erwirken, wodurch ihnen die Befugniß, das Vermächtnißgut in Anspruch zu nehmen, im Falle die Vermächtnißnehmer nicht innerhalb eines bestimmten Termines Vorschuß geleistet haben würden, ausdrücklich eingeräumt wird.[5])

Es erübrigt noch, die Frage der Beweislast näher ins Auge zu fassen.

Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit der Singularvermächtnisse ist Suffizienz des Nachlasses. Hieraus ergibt sich von selbst, daß wenn vom dritten Erwerber einer vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Sache behauptet und erforderlichen Falles bewiesen worden ist, daß die Sache zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden verkauft worden sei, der klagende Vermächtnißnehmer gehalten sei, den Beweis zu liefern, es sei der Nachlaß im Augenblicke des Todes des Erblassers zur Bezahlung der Erbschaftsschulden und zur (gänzlichen oder theilweisen) Berichtigung der Vermächtnisse suffizient und daher ein Verkauf von Vermächtnißgut (ganz oder theilweise) nicht gerechtfertigt gewesen. Dem Beklagten bleibt es sodann überlassen, sich auf das Ergebniß eines zwischen dem Erben und dem Kläger verhandelten eigentlichen oder antizipirten judicium communi dividundo zu berufen oder durch Bezugnahme auf ein rechtskräftiges richterliches Urtheil darzuthun, daß die in Frage stehende Sache habe verkauft werden

[5]) Hat der Erbe nicht in gesetzlicher Weise inventarisirt, so kann der Vermächtnißnehmer dem Vorschußbegehren der Erbschaftsgläubiger, soferne eigenes Vermögen des Erben vorhanden, allerdings mit Erfolg entgegentreten.

müssen, weil es ungeachtet der Suffizienz der Erbschaft doch augenblicklich an Mitteln zur Befriedigung der Erschaftsgläubiger gemangelt und der Kläger nicht den nöthigen Vorschuß geleistet habe.

B. Einfluß der Erbschaftsschulden auf Universalvermächtnisse.

Das Universalvermächtniß begründet eine Universalsukzession, der Universalvermächtnißnehmer wird durch Restitution der hereditas oder portio hereditaria heredis loco und geht auf ihn die Repräsentation des Erblassers und die Haftung für seine Schulden in dem Maße über, in welchem die Erbschaft an ihn restituirt ist. Hieraus folgt, daß beim Universalvermächtnisse von der hinterlassenen Aktivmasse wegen vorhandener Schulden nicht weniger im Vermächtnißverbande begriffen ist, als dieß der Fall sein würde, wenn keine Schulden vorhanden wären. Das Universalvermächtnißgut haftet nach Verhältniß für die Nachlaßschulden, allein es treten in Folge letzterer nicht Gegenstände aus dem Vermächtnißverbande ganz oder zum Theile heraus.

Ist bereits restituirt, so steht der Gegenstand des Universalvermächtnisses bereits im Eigenthume des Universalvermächtnißnehmers; der Fiduziar kann die Erbschaftsgläubiger an den Universalvermächtnißnehmer, soweit dieser heredis loco geworden, verweisen und es versteht sich hiernach von selbst, daß dem Fiduziar nicht die Befugniß zukommen kann, wegen Erbschaftsschulden Universalvermächtnißgut zu veräußern.

Nur bleibt ihm im Falle theilweiser Restitution das judicium familiae erciscundae vorbehalten, und kann in Folge dessen ein Theil des Universalvermächtnißgutes demselben adjudizirt, hiedurch aber auch zur Bezahlung von Erbschaftsschulden, soweit sie nach der Restitution noch den Fiduziar treffen, verfügbar gemacht werden. [6])

Vor der Restitution ist der Fiduziar Eigenthümer des gesammten Fideikommißgutes und sind an ihn die Erbschaftsgläubiger gewiesen. Allein da, wie bemerkt, das Vorhandensein von

[6]) Fr. 24 §. 1 fam. ercisc. (10,2).

Erbschaftsschulden nicht zur Folge hat, daß Objekte aus dem Universalvermächtnißverbande heraustreten, so kann, auch wenn es an sonstigen Zahlungsmitteln mangelt, doch zum Verkaufe des Universalvermächtnißgutes ohne Verhandlung mit dem Universalvermächtnißnehmer in keinem Falle geschritten werden.

Bezahlt dieser den ihn nach der Restitution treffenden Antheil an den Nachlaßpassiven, so wird das Universalvermächtnißgut von der Haftung für die Erbschaftsschulden frei und kann von den Erbschaftsgläubigern nicht mehr in Anspruch genommen werden.

Nur dürfte auch hier es sich rechtfertigen, die Möglichkeit der Antizipirung des Theilungsverfahrens (judicium familiae erciscundae oder auch communi dividundo) zu dem Zwecke zu statuiren, um die mit der Ausbietung und dem Verkaufe von ideellen Theilen verbundenen Schwierigkeiten und Nachtheile zu vermeiden oder zu beseitigen. [7]

Weigert sich der Universalvermächtnißnehmer, den ihn treffenden Schuldenantheil zu bezahlen, so kann durch richterliches Urtheil die Hülfsvollstreckung in das Universalvermächtnißgut, der Verkauf der dazu gehörigen Sachen in der gesetzlichen Reihenfolge dekretirt werden.

Allein die Gläubiger werden aus dem Erlöse nur soviel in Anspruch nehmen können, als der Universalvermächtnißnehmer hätte an den Erbschaftsschulden bezahlen müssen, um den Verkauf des Universalvermächtnißgutes abzuwenden. Der Rest muß dem Universalvermächtnißnehmer ungeschmälert verbleiben; selbst dann, wenn etwa der Fiduziar den nicht im Universalvermächtnißnexus begriffenen Erbschaftsantheil bereits konsumirt hätte und nicht mehr in der Lage wäre, den ihm nach der Restitution noch verbleibenden Schuldenantheil zu berichtigen.

Anlangend die Beweislast, so liegt es dem verklagten Erwerber einer im Universalvermächtnißnexus gestandenen Sache ob, entweder die Einwilligung des Klägers in den Verkauf darzuthun oder durch Vorlage eines rechtskräftigen Erkenntnisses

---

[7] Vgl. hierüber und überhaupt zu §. 16 den folgenden §.

den Beweis zu liefern, daß die Sache zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden habe verkauft werden müssen, weil es an sonstigen Zahlungsmitteln gemangelt, und auch der Universalvermächtnißnehmer, obwohl dazu aufgefordert, dieselbe nicht ausgelöst habe.

Soviel über den Einfluß, den vorhandene Erbschaftsschulden in Ansehung der Veräußerlichkeit von Singular- oder Universalvermächtniß zu äußern im Stande sind.[8])

Es versteht sich von selbst, daß die vorgetragenen Grundsätze eine Modifikation erleiden, wenn eine dem Vermächtnißnexus unterstellte Sache zugleich im Pfandnexus begriffen ist. Solchenfalls können die besonderen Rechte des Pfandgläubigers durch die Vermächtnißanordnung keine Schmälerung erleiden und muß rücksichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen die verpfändete Sache in Anspruch genommen und zum Verkaufe gebracht werden könne, und in welchem Umfange sie für die Forderung des Pfandgläubigers verhaftet sei, lediglich die Theorie des Pfandrechtes maßgebend sein.[9])

---

[8]) In der Const. 22 §. 8 de jure delib. (6, 30) vom Jahre 531 heißt es ziemlich allgemein: Sed nec adversus emtorem rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur, quum actis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus et omni jure postequentibus. Allein es kömmt in Betracht, daß in der Const. 22 §. 8 cit. den inventarisirenden Erben die Befugniß auch solche Nachlaßgegenstände, welche vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellt sind, ohne Weiteres zum Zwecke der Befriedigung von Erbschaftsgläubigern zu verwenden, ausdrücklich nicht eingeräumt und um so mehr Veranlassung gegeben ist, diese Befugniß in Abrede zu stellen, als die Const. 22 cit. kaum ein Vierteljahr später erlassen ist, als Const. 3 commun. de leg. et fid. und sicherlich nicht angenommen werden kann, Justinian habe die den Vermächtnißnehmern durch Const. 3 cit. verliehenen Rechte in der Const. 22 cit. wieder einer wesentlichen Schmälerung unterwerfen wollen.

[9]) Vgl. fr. 78 §. 4 de leg. II.: Si creditor ab eo, qui tenamen-

Wegen Schulden des Erben selbst können Vermächtnißobjekte, soferne den Vermächtnißnehmern ein dinglicher Anspruch bereits zusteht oder zustehen wird, nicht in Anspruch genommen werden. [10])

Vielmehr gehen unter der bemerkten Voraussetzung die Vermächtnißnehmer den Gläubigern des Erben unbedingt vor. Wenn den Vermächtnißnehmern nur ein persönlicher Anspruch (gegenwärtig oder zukünftig) zusteht, so sind sie darauf angewiesen, die durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben in Aussicht stehenden nachtheiligen Folgen durch Impetrirung des beneficium separationis auszuschließen. [11])

§. 17.

2) In Folge Abzugs der Falzidischen oder Trebellianischen Quart oder des Pflichttheils. [1])

Regel ist, daß Singular- wie Universalvermächtnisse nicht mehr als drei Viertheile der Erbschaft oder des Erbtheiles betragen sollen.

---

tum fecit, domum acceptam jure pignoris vendidit, contra emtorem fideicommissi causa, tam etsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur. — Nach fr. 38 pr. de leg. III (§. 3 Note 15) muß es als zulässig erachtet werden, daß der Vermächtnißträger demjenigen, welcher das Geld zur Befriedigung eines Pfandgläubigers vorgestreckt hat, an der Stelle des letzteren ein neues Pfandrecht bestelle.

[10]) Vgl. fr. 114 §. 14 de leg. I cit. verb.: propter testatoris creditores. Die abweichende Lesart bei Hakoander ist nicht zu billigen.

[11]) Fr. 36 pr. de separat. (42,6): Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare separationem aequum est: ita cum creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur.

[1]) Ein interessanter auf die im gegenwärtigen §en zu behandelnde Frage bezüglicher Rechtsfall findet sich mitgetheilt im sächsischen Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle — Jahrgang 1850 Nr. 12, 13, 14, 15, 63, Jahrgang 1852 Nr. 5 und 6. Vgl.

Ueberſteigen die angeordneten Vermächtniſſe dieſes Maß, ſo iſt der Erbe befugt, den Vermächtnißnehmern ſoviel abzuziehen, als zur Deckung des ihm gebührenden Viertheiles der Erbſchaft (des Erbtheiles) nöthig iſt.

Bei Singularvermächtniſſen verbleibt in Folge des Rechtes des Erben auf die Quart — quarta Falcidia — die zur Deckung derſelben erforderliche Quote der einzelnen vermachten Nachlaßſachen die legati vel fideicommissi veniente in Eigenthume des Erben, ſo zwar, daß zwiſchen ihm und den einzelnen Vermächtnißnehmern das Verhältniß des Miteigenthums entſteht.

Fr. 26 pr. ad leg. Falc. (35, 2):

> Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore. Quaero: an ea linea heredi restitui debeat propter legem Falcidiam? Respondit: posse heredem consequi, ut ei restituatur, aut si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Vgl. auch fr. 8 §. 1 comm. div. (10, 3.)

Im Falle eines Univerſalvermächtniſſes gilt der Fiduziar, ſoweit er das Univerſalvermächtnißgut zur Deckung ſeiner Quart — quarta Trebelliana — in Anſpruch nehmen darf und wirklich in Anſpruch nimmt, auch nach der Reſtitution als Erbe und erſcheint im Verhältniß zum Univerſalvermächtnißnehmer als Miterbe. Als ſolcher hat er das Miteigenthum an allen einzelnen zum Univerſalvermächtniſſe gehörenden Gegenſtänden.*)

---

auch Seuffert's Archiv für oberſtrichterliche Entſcheidungen Bd. III Nr. 354. Das Oberappellationsgericht zu Dresden erkannte in zwei Urtheilen vom Jahr 1849 und vom Jahre 1851 in Konformität mit dem Spruchkollegium zu Leipzig nach den Grundſätzen, die im gegenwärtigen §en vorgetragen ſind, wogegen das Appellationsgericht zu Leipzig gleichfalls in zwei Urtheilen die entgegengeſetzte Rechtsanſicht adoptirend, ſich für die Unzuläſſigkeit der Veräußerung von ideellen Theilen des Vermächtnißgutes behufs Deckung des Pflichttheils oder der Quart ausſprach.

*) Das Appellationsgericht zu Leipzig führte in ſeinem zweiten Er-

Vgl. Tit. Cod. communia utriusque judicii, tam familiae erciscundae quam communi dividundo; insbesondere Const. 9:

---

kenntnisse vom November 1850 — Wochenblatt 1850 Nr. 63 S. 499 ff. — unter Anderm aus, was folgt:

Allerdings sei bei einer Gemeinschaft, welche den Gegenstand der actio communi dividundo bilde, jeder Interessent in der That schon vor der Theilung der gemeinschaftlichen körperlichen Sache pro rata d. h. nach seinem ideellen Theile daran, Miteigenthümer, weil, wie Ulpian sage, [fr. 4 pr. comm. divid. (10,3)]: harum rerum dominium habemus. Der ganze Zweck der Theilung sei hier, die schon bestehenden ideellen Theile der Sache zu realisiren, d. h. jedem Interessenten so anzuweisen, daß er etwas erhalte, wovon er alleiniger Eigenthümer werde . . . . . Anders verhalte es sich aber mit der actio familiae erciscundae. Da nicht die einzelnen mit zu der Erbschaft gehörenden körperlichen Sachen ihren Gegenstand bilden, sondern die universitas als solche, so erscheine jeder Miterbe zwar pro rata als Mitinteressent und Theilhaber an der universitas, aber nicht als Miteigenthümer weder der einzelnen Sache noch der universitas. Der letzteren nicht, weil es überhaupt kein Eigenthum an einer universitas gebe, sondern nur an einzelnen körperlichen Sachen. Aber auch nicht der einzelnen Erbschaftssachen, als einzelner corpora, weil diese nicht den Gegenstand der Gemeinschaft bilden. Der Zweck der actio familiae erciscundae sei daher der, die ideellen Theile an der universitas dadurch aufzuheben, daß dafür dem einzelnen Interessenten einzelne Sachen, die ihrer Erbquote gleichkommen, zugewiesen werden.

Allein gegen diese Deduktion des Leipziger Appellationsgerichtes läßt sich einwenden: Es geht nicht an, den Miterben vor der Erbschaftstheilung lediglich als Mitinteressenten und Theilhaber an der universitas, nicht aber als Miteigenthümer der einzelnen Sachen zu bezeichnen. Ganz abgesehen davon, daß die Ausdrücke: Mitinteressent, Theilhaber an der universitas — im Gegensatze zu „Miteigenthümer" gebraucht, zu vag sind, um etwas bestimmtes darunter verstehen zu können, muß doch jedenfalls die Frage eine Beantwortung finden, wer denn vor der Erbschaftstheilung Eigenthum

Familiae erciscundae vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant communia, agi potest.

Fr. 44 pr. fam. ercisc. (10, 2):

Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res duntaxat quae eorum communes sunt, et causae ex his rebus dependentes in judicium veni-

---

an den einzelnen Sachen habe. Nach dem Erbschaftsantritt existirt keine hereditas jacens mehr; man kann auch nicht wohl zu dem Auskunftsmittel greifen, zu sagen, die einzelnen Sachen seyen bis zur Erbschaftstheilung in Niemandens Eigenthum, folglich ergibt sich schon auf apriorischem Wege das Resultat, daß vor der Erbschaftstheilung die mehreren Miterben oder aber im Falle eines Universalvermächtnisses und erfolgter Restitution Fiduziar und Universalvermächtnißnehmer als Miteigenthümer der einzelnen Nachlaßgegenstände angesehen werden müssen. — Hiemit stimmt aber auch vollkommen das positive Recht überein. Vgl. die im Texte allegirten Gesetzesstellen. — Wenn neben der actio communi dividundo noch eine besondere (übrigens schon in den 12 Tafeln begründete) Theilungsklage für eine zu theilende hereditas besteht, so erklärt sich dieß durch die einfache Erwägung, daß durch das judicium communi dividundo regelmäßig nur einzelne Sachen zur Vertheilung kommen, während bei Theilung eines Nachlasses es sich um eine universitas rerum handelt, um eine Mehrheit von Sachen, welche sämmtlich aus dem besondern Rechtsgrunde der Beerbung eines Andern Gegenstand der communio geworden sind. Auf diese Verschiedenheit bezieht sich der Ausspruch Ulpians in fr. 4 pr. comm. div. cit.: Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis. Die Worte: quarum rerum dominium habemus enthalten nicht das Unterscheidungsmerkmal für die beiden judicia divisoria, sondern weisen nur nebenbei auf die gewöhnliche Voraussetzung einer jeden Theilungsverhandlung, nämlich Eigenthum unter den Kommunionsinteressenten, hin. Vgl. Glück's Kommentar Bd. IX S. 119—120 Nr. 1. — Sieh außerdem Göschen Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht Band III Abth. 2 §. 959 S. 437; Arndts Pand. §. 526 zu Note b.

ant, de ceteris vero in integrum sit familiae erciscundae judicium.

Fr. 34 pro socio (17, 2) in fine:

Inter eos quoque, quibus hereditario jure communis res est, potest communi dividundo agi.

Vgl. auch fr. 1 pr. fam. erc., fr. 20 §. 4 eod.; fr. 31 pro socio (17, 2).

Auf diejenigen Antheile nun an den einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßsachen, welche dem Erben die legati vel fideicommissi veniente, bez. nach Restitution des Universalvermächtnisses verbleiben, kann sich, da rücksichtlich ihrer die Vermächtnißqualität zessirt, auch das in Ansehung des Vermächtnißgutes bestehende gesetzliche Veräußerungsverbot nicht erstrecken.

Der Erbe kann vielmehr über dieselben vor wie nach dem dies legati vel fideicommissi veniens, vor wie nach der Restitution des Universalvermächtnisses mit voller Rechtswirksamkeit verfügen.

Vgl. insbesondere darüber, daß ein Miterbe (und als solcher stellt sich der Fiduziar dar, wenn er unter dem Titel der Quart etwas zurückbehält) noch vor Verhandlung des judicium familiae erciscundae nicht etwa blos über seine portio hereditaria, sondern über die entsprechende Quote der einzelnen Nachlaßgegenstände verfügen könne — folgende Stellen:

Fr. 25 §. 6 fam. ercisc. (10, 2):

Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem alicui legavit, aut heres ante judicium familiae erciscundae acceptum partem suam alienavit, ad officium judicis pertinet, ut eam partem, quam testator habuit, alicui jubeat tradi.

Fr. 54 eod.

Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi: deinde familiae judicium inter nos acceptum est, neque ea pars, quae mea fuit, in judicio veniet, cum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia, etiamsi remanet

in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exiit ex communione.[3])

---

[3]) Daß in fr. 25 §. 6 die unterstrichenen Worte nicht mit dem Appellationsgerichte zu Leipzig so verstanden werden dürfen, daß supponirt wird, es sei eine Sache zwischen dem heres und dem testator gemein gewesen, und ersterer habe seinen (von Anfang an gar nicht zur Verlassenschaft gehörenden) Theil veräußert, dürfte einleuchten, wenn man die Worte cum extraneo ins Auge faßt, welche sicherlich nicht von einem heres verstanden werden können. Vgl. überhaupt über diese Stelle Glück's Kommentar B. XI S. 53 ff. Der von Paulus ausgesprochene Satz geht dahin, der Erbtheilungsrichter solle, wenn entweder nur ein ideeller Theil einer Sache Verlassenschaftsgegenstand sei oder aber einer der mehreren Miterben durch Veräußerung seines ideellen Theiles an der Sache denselben aus der Verlassenschaftsmasse gebracht oder endlich der Erblasser den ideellen Theil einer Sache legirt habe — die in der Verlassenschaftsmasse noch befindliche Quote (die Worte eam partem, quam testator habuit passen zunächst blos auf den ersten Fall) nur einem der mehreren Miterben zuweisen — und zwar ohne Zweifel deßhalb, damit die communio ein Maß und Ziel habe, und dem der Verlassenschaft fremden Miteigenthümer, dem Singularsukzessor des veräußernden Miterben oder dem Vermächtnißnehmer nicht ohne Grund mehrere Theilhaber aufgezwungen werden. — Voraussetzung für die Hereinziehung der in der Verlassenschaftsmasse noch befindlichen Quote in die Erbtheilungsverhandlung ist übrigens, daß in Ansehung derselben nicht etwa blos ein einziger Erbe mehr betheiligt sei; denn in diesem Falle besteht keine erbschaftliche Kommunion mehr. Fr. 54 fam. erc. cit.; Const. 3 comm. div. cit. — Mit der Vorschrift in fr. 25 §. 6 cit. stimmt ganz überein, was derselbe Paulus im fr. 44 pr. fam. erc. cit. sagt: es könne zwischen dem Miterben noch vor Verhandlung des judicium familiae erciscundae — das judicium communi dividundo verhandelt, also die Theilung einer einzelnen Sache beschäftigt werden, jedoch nur insoferne, als die Sache blos unter den Miterben gemeinschaftlich sei; außerdem, wenn nämlich nur ein ideeller Theil den Miterben zusammengehöre, müsse die Vertheilung dem judicium familiae erciscundae vorbehalten

Const. 3 communi dividundo, (3, 37).
Tit. Cod. de comm. rer. alien. (4, 52) insbes. Const. 1, 2.

Wie das Recht des Erben auf die Falzidische oder Trebellianische Quart zur Folge haben kann, daß aus dem Vermächtnißverbande bestimmte ideelle Theile der vermachten Sachen heraustreten und für den Erben veräußerlich werden, so kann dieß auch der Fall sein in Folge des Rechtes des Erben auf Hinterlassung des Pflichttheiles.

Soweit nämlich durch Anordnung von Vermächtnissen der dem Erben gebührende Pflichttheil geschmälert ist, sind die Vermächtnisse für den Erben nicht rechtsverbindlich — Const. 32 de inoffic. test.; — er ist befugt, den Vermächtnißnehmern den zur Deckung seines Pflichttheiles erforderlichen Abzug zu machen.*)

---

bleiben. Warum dieß so sei, ergibt sich ganz einfach aus fr. 85 §. 6 cit.; es soll in letzterem Falle der den Miterben gehörende Theil nicht wiederum getheilt, sondern einem Einzigen adjudizirt werden. Nun unterliegt es keinem Anstand, dem Theilungsrichter im judicium familiae erciscundae eine derartige Vorschrift zu ertheilen; allein für das judicium communi dividundo würde sie unstatthaft sein, indem sie die ganze Natur des judicium communi dividundo als eines Theilungsverfahrens verändern würde. — So aufgefaßt gibt das fr. 44 cit. einen vollkommen guten Sinn, während sicherlich die vom mehrerwähnten appellationsgerichtlichen Erkenntnisse adoptirte Ansicht des Cyrillus (Schol. Basil. tom. V pag. 718), es handle sich im fr. 44 cit. von dem Falle, wenn die in der Erbschaft befindliche Sache auch abgesehen von dem Erbrechte (ἔξωθεν τῆς κληρονομίας) den Miterben eigenthümlich gehöre, in keiner Weise als befriedigend bezeichnet werden kann. — Sieh übrigens noch Heimbach im Rechtslexikon Bd. III S. 950—1 zu Note 41 u. 61.

*) Nach früherem Rechte hatte jede Schmälerung des Pflichttheils durch Nebenbestimmungen oder Auflagen die Folge, daß der Notherbe das Testament durch inofficiosi querela anfechten konnte. Diese Klage sollte jedoch dann ausgeschlossen sein, wenn dem eingesetzten Notherben ein post certum tempus zu entrichtendes Universalvermächtniß auferlegt worden war, und zwar, quoniam facile

In Folge dieses Abzuges entsteht im Falle von Singularvermächtnissen (von res testatoris propriae) Miteigenthum zwischen dem pflichttheilsberechtigten Erben und jedem einzelnen Vermächtnißnehmer; im Falle eines Universalvermächtnisses behält der Erbe die entsprechende Quote des Universalvermächtnißgutes nach Restitution der Erbschaft oder des Erbtheiles jure hereditario, und ist gegenüber dem Universalvermächtnißnehmer pro rata Miterbe, Miteigenthümer aller einzelnen zum Universalvermächtnisse gehörenden Gegenstände.

Was nun diejenigen Antheile an den einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßsachen anlangt, welche dem Erben zufolge seines Pflichttheilsrechtes die legati vel fideicommissi veniente, bez. nach Restitution des Universalvermächtnisses verbleiben, so kann auf dieselben, da auch rücksichtlich ihrer die Vermächtnißqualität zessirt, gleichfalls das in Ansehung des Vermächtnißgutes bestehende gesetzliche Veräußerungsverbot nicht Anwendung finden.

Vielmehr muß der Erbe für berechtigt erachtet werden, darüber vor wie nach dem dies legati vel fideicommissi veniens, vor wie nach der Restitution des Universalvermächtnisses nach Belieben zu verfügen.

Das Ergebniß der bisherigen Ausführung geht dahin, daß sowohl auf Grund des Falzidischen oder Trebellianischen Rechtes

potest debitam portionem ejusque fructus medio tempore cogere — fr. 8 §. 11 de inoffic. test. (5,2). Allein im Zusammenhange des Justinianeischen Rechtes, welches einerseits die querela inofficiosi testamenti auf den Fall der gänzlichen Vorenthaltung des Pflichttheils beschränkt (Const. 30, 31 de inoff. test. 3,28), andererseits aber die Nichtigkeit einer jeden Nebenbestimmung, soweit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt oder verzögert oder in ihrer Wirkung verkürzt würde, statuirt (Const. 32 eod. cit.), muß man das fr. 8 §. 11 cit. buchstäblich dahin verstehen, daß nur die querela nicht stattfinde. — Vgl. überhaupt das Wochenblatt f. m. R. 1850 S. 95—96, dann Arndts im Rechtslexikon B. VIII. S. 133—4 insbesondere Note 239.

des Erben, als auf Grund seines Pflichttheilsrechtes ideelle Antheile der einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßsachen für den Erben verfügbar und veräußerlich werden können.[5]) Es kömmt nunmehr zu untersuchen, wie die Größe dieser ideellen Theile zu ermitteln sei. Was nun

---

[5]) Dieser Satz findet sich schon von älteren Schriftstellern ausgesprochen, so z. B. von Cujacius, von Giphanius.

Vgl. Cujac. exposit. Nov. 39 (Cuj. op. Francof. 1623 pag. 586): Praeterea sciendum est, ei qui rogatus est, restituere hereditatem, alienationem permitti ad finem quadrantis quam deducere potest, vel etiam si liberi sint instituti et onerati fideicommisso, ad finem trientis vel semissis, quem deducturi sunt . . . Res igitur alienatae heredi imputantur in Falcidiam, et eatenus valet alienatio, quatenus Falcidia largitur; quod supra Falcidiam est, revocatur.

Giphanius explan. diff. etc. II pag. 185:

Heres jussus hereditatem restituere, si non plus ex ea alienet, quam ad finem et modum quartae, id est, quam quod ipsi debetur, pro quarta firma est nec rescindi poterit alienatio. Soferne jedoch die beiden Schriftsteller zur Rechtfertigung ihrer Lehre Bezug nehmen auf fr. 3 §. 3 ad SC. Treb.: Res, quae ab herede alienatae sunt in quartam imputantur heredi (§. 3 N. 9) — kömmt zu erinnern, daß fragliche Stelle Ulpian's zu einer Zeit geschrieben wurde, wo es in Ansehung des Vermächtnißgutes ein gesetzliches Veräußerungsverbot noch nicht gab; im Sinne des Justinianeischen Rechtes darf auf dieselbe nur in soferne Bezug genommen werden, als sie implicite ausspricht, der Erbe darf quantitativ so viel veräußern, als die Quart betrage. Qualitativ ist der Erbe durch das gesetzliche Veräußerungsverbot beschränkt; er darf zur Deckung seiner Quart nicht nach Belieben diesen oder jenen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Gegenstand veräußern, sondern hat das Veräußerungsrecht nur in Ansehung derjenigen Quote aller einzelnen Vermächtnißobjekte, welche zur Deckung der Quart nöthig ist und deßhalb im Vermächtnißverbande nicht mitinbegriffen erscheint, bez. aus demselben vom Vermächtnißträger herausgenommen werden kann. Vgl. jedoch unten S. 112 ff.

1) den Fall des Abzuges der quarta Falcidia betrifft, so würde nur in dem Falle die Größe der zur Deckung derselben erforderlichen Quote an den einzelnen vermachten Nachlaßsachen sofort — ohne vorgängige Quantifizirung des Nachlasses — zu bestimmen sein, wenn nach Berichtigung der Nachlaßschulden[6]) die Vermächtnisse den gesammten Nachlaß erschöpfen würden und auch in die Quart nichts einzurechnen wäre. Solchenfalls würde die Quote in dem vierten Theile aller einzelnen Nachlaßobjekte bestehen und dieser für den Erben sofort verfügbar sein.

Sobald dagegen durch die angeordneten Vermächtnisse nicht der gesammte Nachlaß erschöpft wird, ist die Bestimmung der Größe der zur Deckung der quarta Falcidia erforderlichen Quote bedingt von einer genauen Quantifizirung der Nachlaßmasse. Es muß der Geldwerth aller einzelnen Nachlaßsachen festgestellt und ermittelt werden, was (nach Abzug der Erbschaftsschulden) bei vollständiger Entrichtung der Vermächtnisse dem Erben übrig bleiben würde, ob und wie viel daher zur Deckung der Quart den Vermächtnißnehmern abgezogen werden könne.

Hiernach ist der Erbe jedenfalls darauf angewiesen, bei Veräußerung von ideellen Theilen der Vermächtnißobjekte zum Zwecke der Deckung seiner Quart die vorgängige Anerkennung der vorgenommenen Berechnung von Seiten der Vermächtnißnehmer zu erzielen, indem er außerdem Gefahr läuft, daß auf Grund der von den Vermächtnißnehmern gegen die Berechnung erhobenen Erinnerungen die bethätigte Veräußerung ganz oder zum Theile für nichtig erklärt und er (der Erbe) für Gewährschaftsleistung haftbar gemacht werde.

Sind in die Falzidische Quart bestimmte Beträge einzurechnen, so der Preis, den ein Vermächtnißnehmer für die vermachte Sache zu entrichten hat, im Falle eines bedingten oder betagten Vermächtnisses die Früchte der Zwischenzeit, welche der Erbe als

---

[6]) Soferne zur Befriedigung von Nachlaßschulden die Inanspruchnahme von Vermächtnißgut in Frage kömmt, muß schon aus diesem Grunde eine Quantifizirung des Nachlasses vor sich gehen. Vgl. den vorigen §.

solcher gewinnt ꝛc. — so ergibt sich gleichfalls die Nothwendigkeit der Quantifizirung des Nachlasses zum Zwecke der Feststellung der zur Deckung der Quart erforderlichen Quote an den einzelnen vermachten Nachlaßsachen.

In gewissen Fällen wird die Berechnung der Falzidischen Quart zunächst gar nicht genau bethätigt werden können, so, wenn bedingte Forderungen, Schulden oder Vermächtnisse in Frage, wenn Früchte der Zwischenzeit einzurechnen sind. Hier würde der Erbe jedenfalls nur zur Veräußerung derjenigen Quote an den einzelnen Vermächtnißobjekten schreiten können, von welcher es unter allen Umständen gewiß ist, daß sie zur Deckung der Quart erforderlich sei. Vom praktischen Standpunkte wird dieß der totalen Unveräußerlichkeit der Vermächtnißgegenstände gleichkommen.

2) Abzug der quarta Trebelliana. Im Falle eines Universalvermächtnisses sind es nicht einzelne Nachlaßsachen, welche vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellt sind, sondern es handelt sich um das Vermächtniß entweder der ganzen Erbschaft oder eines ideellen Theiles derselben.

Demzufolge bedarf es aber hier regelmäßig nicht einer vorgängigen Quantifizirung des Nachlasses, um zu bestimmen, welche Quote des Universalvermächtnißgutes zur Deckung der Trebellianischen Quart erforderlich sei. Vielmehr hat regelmäßig der Erbe zufolge seines Rechtes aus dem Trebellianischen Senatus-Konsult Anspruch auf den vierten Theil der Erbschaft oder des Erbtheiles, hiemit also den vierten Theil aller einzelnen von Erblasser dem Universalvermächtnißverbande unterstellten Nachlaßsachen.

Ausnahmsweise ist eine vorgängige Quantifizirung des Nachlasses erforderlich, wenn der Erblasser bestimmte Gegenstände zum Zwecke der Deckung der Quart bezeichnet hat und es sich fragt, ob die Quart wirklich gedeckt oder ein Abzug gerechtfertigt sei; ferner wenn in die Quart bestimmte Beträge einzurechnen sind.*)

*) Zufolge Const. 6 pr. §. 3. ad SC. Treb. (6,49) sollen Kinder des Erblassers, welche mit einem Universalvermächtnisse beschwert

Solchenfalls gilt in Ansehung des Universalvermächtnisses dasselbe, was rücksichtlich des Singularvermächtnisses bemerkt wurde.

Das bloße Vorhandensein von Erbschaftspassiven steht im Falle eines Universalvermächtnisses der sofortigen Feststellung der zur Deckung der Trebellianischen Quart erforderlichen Quote nicht im Wege. Allerdings müssen diese in Abzug gebracht werden, wenn es sich darum handelt, zu ermitteln, wie hoch sich die quarta Trebelliana, in einer Summe ausgedrückt, belaufe. Hierauf bezieht sich das fr. 8 §. 9 de inoffic. test. (5,2):

> Quarta autem accipietur deducto aere alieno et funeris impensa.

Allein wenn lediglich bestimmt werden soll, welche Quote dem Erben zufolge seines Rechtes auf die quarta Trebelliana an dem Nachlasse gebühre, kommen die vorhandenen Erbschaftspassiven nicht in Betracht; vielmehr gehen sie eben auf den Erben nach Verhältniß des ihm jure hereditario verbleibenden Antheiles über, auf den Universalvermächtnißnehmer nach Verhältniß des restituirten Nachlaßantheiles. Berichtigt der Erbe mehr an den Passiven, als ihm obliegt, so erhöht sich deßhalb

---

sind, ungeachtet einer etwa entgegenstehenden Disposition des Erblassers die Quart von der Substanz des Nachlasses ohne Einrechnung der Früchte bekommen und zwar nach der richtigen Meinung ohne Unterschied, ob die mit dem Universalvermächtnisse Honorirten Deszendenten oder Geschwister des Fiduziars oder entferntere Verwandte oder ganz fremde Personen sind. Allein diese Bestimmung kann, wie mit Recht die überwiegende Anzahl der Rechtslehrer annimmt, dann keine Anwendung finden, wenn die Kinder in Gemäßheit der cap. 16 u. 18 X de test. (3,26) zuerst den Pflichttheil und nebstdem von dem übrigen Vermögen die Trebellianische Quart abziehen. Vgl. G. L. Böhmer de liberat. fideic. onerat. (elect. jur. civ. Tom. 1); Pufendorf Observat. II, 83; Puchta Pand. §. 551 Note a. Seufferts Archiv II Nr. 207 III Nr. 353. Vgl. übrigens auch ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 10. Januar 1814 (Seufferts Archiv IV Nr. 67) insbesondere in fine.

nicht der ihm verbleibende ideelle Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern er gewinnt nur eine Forderung gegen den Universalvermächtnißnehmer.

Const. 1 ad SC. Treb. (6,49):

> Si ex senatusconsulto quartam partem hereditatis retinuisti et dodrantem fidelcommissario restituisti, quod creditoribus hereditariis pro novem unciis praestiteris, a fidelcommissario petere potes.

3) Abzug des Pflichttheils — bestehend in $^1/_3$ oder $^1/_2$ der Intestaterbportion, je nachdem diese höchstens in vier oder aber in mehr als vier Theile des Nachlasses zerfällt.

Handelt es sich um Deckung des Pflichttheiles durch Abzug von Vermächtnissen, so ermittelt sich die hiezu erforderliche Quote an dem einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßsachen in gleicher Weise, wie wenn die dem Erben gebührende Trebellianische oder Falzidische Quart zu decken wäre.

Eine vorgängige Quantifizirung der Nachlaßmasse wird (selbst im Falle eines Universalvermächtnisses) insbesondere auch dann erforderlich sein, wenn in den Pflichttheil Vorvermächtnisse oder sonstige unter Lebenden oder von Todeswegen geschehene Zuwendungen einzurechnen sind.[75])

Soviel über die Feststellung der Größe der zur Deckung der Falzidischen oder Trebellianischen Quart oder des Pflichttheiles erforderlichen und deßhalb für den Erben disponiblen Antheile an den einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßobjekten.

Während es nach römischem Rechte nicht anging, außer dem Pflichttheile noch die Trebellianische oder Falzidische Quart in Abzug zu bringen, ist der entgegengesetzte Grundsatz für den Fall des Universalvermächtnisses vom kanonischen Rechte

Cap. 16, 18 X de testam. (3,26):

---

[75]) Vgl. hierüber z. B. Arndts §. 594.

ausdrücklich anerkannt worden,[8]) und die gemeine Meinung[9]) dehnt die Bestimmung des kanonischen Rechtes analog auf Singularvermächtnisse aus, gestattet also den Abzug des Pflichttheiles und der quarta Falcidia.

Der Erbe kann, auch wenn er auf Grund seines Pflichttheilsrechtes, seines Rechtes auf die Falzidische oder Trebellianische Quart Abzüge an den Vermächtnissen machen darf, immer nur ideelle Antheile aller einzelnen vom Erblasser dem Vermächtnißverbande unterstellten Nachlaßobjekte in Anspruch nehmen. Nur in Ansehung von bestimmten ideellen Antheilen zessirt der Vermächtnißverband und kann in Folge dessen der Erbe darüber mit Rechtswirksamkeit verfügen. Vgl. Note 5.

Wenn bereits dies legati vel fideicommissi gekommen oder wenn das Universalvermächtniß bereits restituirt ist, so hat es der Erbe in der Hand durch Provokation zum judicium communi dividundo oder judicium familiae erciscundae eine reelle Theilung oder doch jedenfalls die Aufhebung des Miteigenthumsverhältnisses herbeizuführen, und dadurch die mit der Veräußerung von Quoten verknüpften Schwierigkeiten und Nachtheile auszuschließen.

Vor dem dies legati vel fideicommissi veniens dagegen, vor der Restitution des Universalvermächtnisses besteht noch kein Miteigenthumsverhältniß zwischen dem Erben einerseits, den Vermächtnißnehmern andererseits und es kann daher von Verhandlung des eigentlichen Theilungsverfahrens nicht die Rede sein.[10])

---

[8]) Ueber die beim Abzug des Pflichttheils und der quarta Trebelliana vorzunehmende Berechnung vgl. Wernher Observ. P. II obs. 366; Monatsblatt für merkw. R. 1850 Nr. 15 S. 116 (Seuffert's Archiv III N. 353.)

[9]) Vgl. Puchta Vorles. §. 551 Bd. II S. 437.

[10]) Fr. 1 fr. 24 §. 1 fam. ercisc. (10,2); fr. 1 commun. div. (10,3). Wenn übrigens der Vermächtnißträger von seinem Rechte Gebrauch machend, die ihm gebührenden ideellen Antheile am Ver-

Allein auf der andern Seite ist Folgendes zu berücksichtigen:

Der pflichttheilsberechtigte Erbe ist befugt, seinen Pflichttheil sofort vollständig frei, ohne irgend welche Belastung zu fordern: er steht in Ansehung seines Pflichttheils gewissermassen auf gleicher Stufe mit den Erbschaftsgläubigern. Nun würde er aber, wenn er reelle Ausscheidung desselben von dem Vermächtnißgut nicht verlangen könnte, dem Erfolge nach wirklich in der freien Verfügung über seinen Pflichttheil beschränkt sein: da die Veräußerung von Quoten meist entweder gar nicht oder nur mit Verlust bethätigt werden kann.[10a])

Demzufolge dürfte es sich aber rechtfertigen, wenn wir dem pflichttheilsberechtigten Erben, in gleicher Weise wie den Erbschaftsgläubigern, die Befugniß einräumen, die Antizipation des judicium communi dividundo oder judicium familiae erciscundae in der Weise zu veranlassen, daß auf Klage des pflichttheilsberechtigten Erben gegen die Vermächtnißnehmer durch richterliches Urtheil vorläufig eine Ausscheidung vorgenommen, bestimmt wird, was dem Erben als Pflichttheil definitiv zu verbleiben habe, und was Gegenstand der künftigen Herausgabe, also Vermächtnißgut sein solle.

Der Erbe bleibt bis zum dies legati vel fideicommissi veniens, bis zur Restitution des Universalvermächtnisses immer noch Eigenthümer der als Vermächtnißgut ausgeschiedenen Sa-

---

mächtnißgut veräußert hat, so entsteht zwischen ihm und dem Käufer (oder überhaupt Erwerber) Miteigenthum an den partiell veräußerten Gegenständen. Jeder Miteigenthümer kann aber, soferne nicht bezüglich seiner ein Veräußerungsverbot besteht, er sich auch nicht für einen bestimmten Zeitraum verbindlich gemacht hat, nicht auf Theilung zu klagen, ein Recht auf reelle Abtheilung. Demzufolge kann aber solchenfalls der Käufer gegen den Vermächtnißträger, welcher sich bis zum dies legati vel fideicommissi veniens, bis zur Restitution des Universalvermächtnisses als Miteigenthümer darstellt, mit der actio communi dividundo auf Theilung klagen. Vgl. unten §. 20.

[10a]) Vgl. oben Seite 92.

chen und erst mit dem dies veniens, bez. mit der Restitution geht das Eigenthum daran auf die Vermächtnißnehmer über.

Soferne es sich lediglich um Ausscheidung dessen handelt, was dem Erben an den Vermächtnißobjekten zufolge seines Rechtes auf die quarta Falcidia oder Trebelliana gebührt, treten nicht dieselben Gründe ein, wie in Ansehung des Pflichttheiles und kann daher hier dem Erben die Befugniß, die Antizipation des Theilungsverfahrens zu verlangen, nicht zugestanden werden.[11])

Wenn jedoch durch das Pflichttheilsrecht des Erben diese Antizipation bereits veranlaßt ist, so erscheint es angemessen, daß zugleich auf das Recht des Erben auf die quarta Falcidia oder Trebelliana vom Richter bei der Ausscheidung geeignete Rücksicht genommen werde.

Zum Schlusse mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Rechte, welche dem Erben in Bezug auf das Vermächtnißgut zufolge seines Anspruchs auf den Pflichttheil, auf die Trebellianische oder Falzidische Quart zustehen, auch von seinen Gläubigern im Falle des Konkurses oder in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden können.[12])

---

[11]) Dem Erblasser stand es frei, dem Erben den Abzug des Falzidischen oder Trebellianischen Viertheils geradezu entweder ausdrücklich oder stillschweigend zu untersagen. Nov. 1 cap. 2 §. 2; Nov. 119 cap. 11; vgl. auch fr. 56 §. 5 ad leg. Falc. (35,2). Wangerow a. a. O. Bd. II. §. 538 S. 502 ff. Wenn nun der Erblasser dieß nicht gethan, aber solche Dispositionen getroffen hat, daß die Falzidische oder Trebellianische Quart aus faktischen Gründen nicht sofort treff ausgeschieden werden kann, so hat der Erbe deßhalb keinen rechtlichen Grund zur Beschwerde.
Vgl. übrigens noch Seuffert's prakt. P. R. ed. III Bd. III §. 641 lit. b, ζ.

[12]) Vgl. den in Note 1 bezeichneten Rechtsfall. S. auch Seuffert's prakt. P. R. a. a. O. Note 9.

§. 18.

3) im Falle eines fideicommissum ejus quod supererit;[1])

4) im Falle der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias.[2])

Ein Universalvermächtniß kann auf dasjenige beschränkt sein, was von der Erbschaft oder dem Erbtheile beim Tode des Universalvermächtnißträgers noch übrig sein wird, in welchem Falle dann dieser durch Verbrauch selbst den Gegenstand mindern kann.

Im vorjustinianeischen Rechte galt dabei zunächst keine andere Beschränkung, als die, daß der Fiduziar nicht arglistig — intervertendi fideicommissi causa — mit dem Nachlaß sollte verfahren.[3]) Ob eine solche Arglist obgewaltet, entschied das arbitrium boni viri.[4]) Dieses hatte sich aber dahin festgestellt, daß der Fiduziar das Universalvermächtnißgut auch nicht in sein Vermögen sollte verwenden dürfen, und daß alle gemachten Ausgaben nach Verhältniß auf das Erbvermögen und auf das eigene Vermögen des Fiduziars sollten repartirt werden.[5]) Demzufolge galt auch der Satz für anwendbar: Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Der Erlös verkaufter Erbschaftsgegenstände, wie selbst die dafür angeschafften Sachen wurden als dem Universalvermächtnißverbande unterworfen betrachtet und darnach behandelt.[6])

---

[1]) Vgl. Pufendorf observ. II 87 §. 1; v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. V Nr. 50 S. 230. Westphal Darstellung der Lehre von den Vermächtnissen Bd. II §. 1672 ff. S. 1146 ff.

[2]) Marezoll im Löhr'schen Magazin B. IV S. 223 ff.

[3]) Fr. 54, fr. 58 §. ult. ad SC. Treb. (36,1).

[4]) Fr. 54 cit.

[5]) Fr. 25 §. 16 de her. pet. (5,3).

[6]) Fr. 70 §. 3 fr. 71 de leg. II:

Cum autem rogatus: Quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comperat, deminuisse quae vendidit, non videtur:

Justinian nahm aber mit diesem Institute eine wesentliche Veränderung vor. Er substituirte in der Novelle 108[1]) dem arbitrium boni viri einen mathematischen Gesichtspunkt, indem er verordnete, im Falle eines fideicommissum ejus quod supererit morte heredis solle der Fiduziar zwar über drei Viertheile der Erbschaft (oder des Erbtheiles) frei schalten und walten können, dagegen verbunden sein, wenigstens das letzte Viertheil dem Universalvermächtnißnehmer zu hinterlassen. Habe gleichwohl der Fiduziar auch das letzte Viertheil ganz oder theilweise konsumirt, so solle der Universalvermächtnißnehmer auf Ersatz aus dem übrigen Vermögen des Fiduziars Anspruch machen können, und wenn ein solches nicht vorhanden, dann solle dem Universalvermächtnißnehmer in Kraft des Gesetzes (Kap. 2) eine in rem actio und eine actio hypothecaria zustehen, in gleicher Weise wie den Singularvermächtnißnehmern zufolge der Const. 1 comm. de leg. et fideic.

Bei näherer Würdigung dieser Disposition Justinians ergibt sich folgendes:

Beim fideicommissum ejus, quod supererit morte heredis ist der Fiduziar zunächst nur quantitativ beschränkt; er darf nicht mehr als drei Viertheile konsumiren; allein kein Verbot hindert ihn, diese oder jene Sache zu veräußern. Dem Universalvermächtnißnehmer gebührt nicht ein Viertheil an jedem einzelnen Nachlaßgegenstand; der Fiduziar kann vielmehr die dem Universalvermächtnißnehmer gebührende Quart bilden, aus welchen Gegenständen er immer will, wenn nur dieselben in ihrem Gesammtwerthe dem vierten Theile des Werthes der Erbschaft oder des Erbtheiles gleichkommen. Ja selbst, wenn er drei Viertheile der Erbschaft oder des Erbtheiles bereits konsumirt hat, steht es ihm noch frei, auch das letzte Viertheil theilweise oder ganz zu konsumiren, es zu verkaufen, zu verschenken u. s. w., soferne er nur dem Universalvermächtnißnehmer Ersatz aus seinem eigenen Ver-

---

Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restituetur.

[1]) Vgl. auch Auth. Contra ad Const. 6 ad SC. Treb. (6,49).

mögen hinten kann. Stirbt der Fiduziar und erfolgt Seitens seiner Erben die Restitution des Universalvermächtnisses an den Universalvermächtnißnehmer, so kann zwar letzterer alle diejenigen Sachen, welche sich noch in der Verlassenschaft des Fiduziars aus der Erbschaft des Vermächtniß-Anordners unveräußert vorfinden, mit einer dinglichen Klage in Anspruch nehmen. Sind sie aber alle veräußert oder so viele, daß die Quart als angegriffen erscheint, so steht dem Universalvermächtnißnehmer zunächst nur eine persönliche Klage auf Leistung der Aestimation des vierten Theiles zu, oder dessen, was daran fehlt; und wenn der Erbe des Fiduziars in der Lage ist, diese Aestimation aus dem Patrimonium des Fiduziars, oder aus dem Erlöse von Erbschaftsgegenständen, oder aus seinen eigenen Mitteln wirklich zu leisten, so hat es hiebei sein Bewenden.

Nur für den Fall, daß auch das letzte Viertheil ganz oder theilweise konsumirt sein sollte, ohne daß dem Universalvermächtnißnehmer der Werth ersetzt werden kann, aus dem Erlöse der verkauften Gegenstände oder aus dem eigenen Vermögen des Fiduziars — ohne daß auch der Erbe des Fiduziars den Abgang decken will oder muß; [5]) — nur für diesen Fall hat Justinian die rei vindicatio und die actio hypothecaria dem Universalvermächtnißnehmer verliehen. Erstere Klage bezieht sich auf diejenigen Sachen, welche von dem Fiduziar veräußert wurden, nachdem bereits drei Viertheile des gesammten Nachlasses konsumirt waren; die actio hypothecaria auf diejenigen Sachen, welche die dem Fiduziar an und für sich zur freien Verfügung verbleibenden drei Viertheile gebildet haben; wie dieß aus der Analogie der in Novelle 108 in Bezug genommenen Const. 1 comm. de leg. et fideic. hervorgeht. [6])

Hiernach besteht allerdings beim fideicommissum ejus quod supererit morte heredis ein gesetzliches Veräußerungsverbot; denn nur ein solches kann die nachherige Vindikation

[5]) Er muß ihn decken, wenn er die Erbschaft des Fiduziars ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat.

[6]) Sieh oben §. 4 Note 1.

des Universalvermächtnißnehmers ermöglichen. Allein es hat nur für den Fall Wirksamkeit, daß der Universalvermächtnißnehmer nicht mittels einer persönlichen Klage zu seiner Quart dem Werthe nach gelangen kann.

Der Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei kann auf das Justinianeische fideicommissum ejus quod supererit morte heredis keine Anwendung mehr finden, da Justinian dem Fiduziar vollkommen freies Verfügungsrecht über drei Viertheile des Nachlasses eingeräumt hat —

aliis omnibus in ejus positis potestate, et licentiam habere cum his, sicut voluerit, uti, quem admodum perfectis dominis competit [10]) —

hiernach aber der Fiduziar auch berechtigt ist, das Universalvermächtnißgut nicht blos qualitativ zu verändern, sondern auch bis zu ¼ quantitativ zu vermindern. Hat somit der Fiduziar für Erbschaftsgelder Sachen angeschafft oder mit dem für veräußerte Erbschaftssachen eingenommenen Gelde Kapitalien angelegt oder überhaupt durch Veräußerungen aus der fraglichen Erbschaft sein Vermögen auf andere Weise vermehrt, so können diese Anschaffungen oder Erwerbungen von dem Universalvermächtnißnehmer nur insoweit in Anspruch genommen werden, als demselben wegen Verkürzung der Quart eine persönliche Klage gegen den Fiduziar, bez. seinen Erben, und hiernach das Recht zusteht, den Nachlaß des Fiduziars nöthigenfalls als Exekutionsmittel in Anspruch zu nehmen. [11]) Am wenigsten kann davon

[10]) Nov. 108 cap. 1.

[11]) Vgl. Seuffert's Prakt. Pand. R. ed. III Bd. III §. 641 Note 11 S. 338. Bei den bestimmten Vorschriften der Novelle 108, wornach nur eventuell eine actio in rem und actio hypothecaria Platz greifen, in erster Linie aber, im Falle auch das letzte Viertheil angegriffen ist, der Vermächtnißnehmer sich an das Vermögen des Fiduziars halten soll (habens unde supplementum faciat, ex illa suppleri quartam — si vero contigerit quartam, et non habeat ad supplementum aliam substantiam), — dürfte es sich rechtfertigen, den Satz: Res succedit in locum etc. auch nicht für das letzte Viertheil mehr anwendbar zu erklären. S. noch §. 19 Note 5.

die Rede sein, daß der Universalvermächtnißnehmer Sachen, welche mit Nachlaßgeldern oder mit dem Erlös aus Nachlaßgegenständen angeschafft, nachher aber vom Fiduziar wieder veräußert wurden, mit der rei vindicatio dem dritten Besitzer abverlange; derselbe ist vielmehr darauf beschränkt, nöthigen Falles die ursprünglich in der Erbschaft befindlichen, dann veräußerten Sachen mit der rei vindicatio, bez. actio hypothecaria in Anspruch zu nehmen.

Der Fiduziar soll dem Universalvermächtnißnehmer wenigstens ein Viertheil des Nachlasses, bez. des Erbtheiles übrig lassen. Allein Justinian hat unter Umständen selbst die Konsumtion des letzten Viertheils gestattet, somit dem Fiduziar es möglich gemacht, auch das letzte Viertheil dem Vermächtnißnerns zu entziehen. Es soll dieß im Falle der Noth oder zum Zwecke der Loskäufung von Gefangenen geschehen können. Wenn im Kap. 1 der Novelle 108 gesagt ist, die letzte Quart könne angegriffen werden, wenn der Fiduziar eine dos oder donatio propter nuptias zu bestellen habe, aber kein anderes Vermögen besitze, so sind dieß, wie aus dem Eingange des zweiten Kapitels zu ersehen, nur Beispiele, nicht die einzigen Ausnahmsfälle.[12])

Nicht blos für das beim fideicommissum ejus quod superet dem Universalvermächtnißnehmer gebührende Viertheil, sondern für alle Fälle des Universalvermächtnisses hat Justinian in der Novelle 39 Kap. 1 — welche auch in der Novelle 108 Kap. 1 in Bezug genommen ist, secundum hoc videlicet, quod nostra jam continetur lege — festgesetzt, es solle dem Fiduziar gestattet sein, aus dem Universalvermächtnißgut im Nothfalle, soferne er nämlich aus eigenem Vermögen es nicht thun kann, seinem Ehegatten eine dos oder donatio propter nuptias zu bestellen.

---

12) Puchta Vorl. §. 556 in fine. A. A. Reichardt de fideicommisso ejus quod superfuturum erit ad Nov. 108 — §. 13.

Vgl. Auth. ad Const. 3 §. 3 comm. de leg. et fideic.: Res quae subjacent restitutioni, prohibentur alienari quidem vel obligari. Sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem, permittitur res praedictas in eam causam alienare vel obligare, pro modo honestati personarum congruo. Ea enim, quae communiter omnibus prosunt, his, quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeponimus.

Schon zur Zeit der Pandektenjuriſten war dies dem Fiduziar geſtattet — fr. 22. §. 4 ad SC. Treb. (36, 1) [13] — ſo, daß die Novelle 39 eigentlich nur eine Beſtätigung des früheren Rechtes enthält.

Dieſe Vergünſtigung iſt nicht auf den Fall zu beſchränken, wenn der Fiduziar ein Kind des Erblaſſers iſt: der Kindesqualität wird in der Novelle 39 Kap. 1 nur zu dem Zwecke Erwähnung gethan, um die Bemerkung beizufügen, daß ſich der Fiduziar den Pflichttheil abziehen könne, und die ratio legis, die in einer Begünſtigung der Ehen beſteht, weiſt auf eine Generaliſirung der geſetzlichen Beſtimmung hin. Selbſt das fr. 22 §. 4 cit., obwohl es nur von einer filia ſpricht, ſchließt eine Generaliſirung nicht abſolut aus. [14]

---

[13]) Ulpianus: Quum proponeretur quidam filiam suam heredem instituisse et rogasse eam, ut, si sine liberis decessisset, hereditatem Titio restitueret, eaque dotem marito dedisse certae quantitatis, mox decedens sine liberis heredem instituisse maritum suum, et quaereretur, an dos detrahi possit? dixi, non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod et mulieris pudicitiae et patris voto congruebat. Quare dicendum est, dotem decedere, ac si, quod superfuisset, rogata esset restituere. Quodsi tantos fructus ex hereditate mulier perceperit, ut inde possit doti satisfieri, dicendum est, potius fructibus hoc expensum ferendo, quam fideicommisso.

[14]) Vgl. Marezoll a. a. O. Roßhirt a. a. O. I S. 205. Anderer Anſicht die meiſten älteren wie neueren Schriftſteller. Sieh z. B. Cujacius Expos. Nov. 39, Arndts Pand. §. 583 Note k.

Dagegen rechtfertigt sich in objektiver Hinsicht eine analoge Ausdehnung der Novelle 39 Kap. 1 nicht; es darf die Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias hier nicht als Beispiel aufgefaßt werden. Mit Unrecht hat die ältere Jurisprudenz auch zu andern Zwecken eine Schmälerung des Universalvermächtnißgutes zugelassen, so zum Zwecke der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias für das Kind des Fiduziars, zur Erzielung einer Mitgift beim Eintritt in ein Kloster.[15])

Höchstens läßt sich angesichts der Justinianeischen Ausdrucksweise in Nov. 108 Kap. 1[16]) — zu Gunsten der Loskaufung von Gefangenen auch bei gewöhnlichen Universalvermächtnissen eine Schmälerung des Universalvermächtnißgutes rechtfertigen.[17])

§. 19.

5) zufolge Erlaubniß des Erblassers;
6) zufolge Einwilligung sämmtlicher Betheiligten;
7) zufolge wirthschaftlicher Nothwendigkeit.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot bezweckt vollständige Sicherheit dafür zu gewähren, daß die Vermächtnißanordnungen des Erblassers wirklich und ganz nach dem Willen desselben zum Vollzuge gelangen. Es versteht sich daher von selbst, daß das gesetzliche Veräußerungsverbot — auch außer dem besondern Falle des fideicommissum ejus quod supererit morte heredis —, dann nicht Anwendung finde, wenn der Erblasser dem Vermächtnißträger die Veräußerung des Vermächtnißgutes erlaubt hat.

---

15) Bartolus: Si propter carnale licet detrahere dotem, multo magis propter spirituale quasi dotem a monachando datam Abbati et Abbatissae detrahere licebit. S. Giphanius l. c. II p. 187.

16) Si vero et in captivorum redemtionem (hanc enim excipimus et dicamus deo causam) et hoc licentiam eum habere fecero, et minuero etiam quartam pietatis ratione, quod omnium nobis probiosius videtur. —

17) Vgl. Giphanius l. c.

Diese Erlaubniß kann ausdrücklich ertheilt sein oder aus den Umständen gefolgert werden. Eine stillschweigende Ermächtigung Seitens des Testators dürfte z. B. anzunehmen sein, wenn in der Nachlaßmasse befindliches Baargeld liegirt, jedoch dessen Verabfolgung an den Vermächtnißnehmer auf einen späteren Zeitpunkt festgesetzt ist. Hier muß es als Willensmeinung des Erblassers angesehen werden, daß der Vermächtnißträger in der Zwischenzeit das Geld nicht unbenützt liegen lasse, sondern es nützbringend verwende. Wenn daher zum Zwecke nutzbringender Verwendung desselben der Vermächtnißträger die einzelnen vermachten Münzen verausgabt, so wird der Vermächtnißnehmer wenn das Vermächtniß fällig ist, dieselben selbst dann nicht mehr vom dritten Besitzer vindiziren können, wenn sich dieselben bei ihm noch unvermischt vorfinden sollten.[1]) Er wird vielmehr darauf angewiesen sein, vom Vermächtnißträger die Zahlung der entsprechenden Summe zu verlangen.[2])

Ingleichen dürfte die Veräußerung dem Vermächtnißträger zufolge Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung des Erblassers gestattet sein, wenn ein Waarenlager, ein Gewerbsladen mit Fabrikaten u. dgl. Gegenstand eines erst später zu entrichtenden Vermächtnisses ist. Hier muß es regelmäßig als Willensmeinung des Erblassers betrachtet werden, daß der Vermächtnißträger inzwischen bis zum Fälligwerden des Vermächtnisses, das Handlungs- oder Gewerbsgeschäft weiter führe; die vorhandenen Waaren oder Fabrikate innerhalb der Gränzen eines regel- und ordnungsmäßigen Betriebs des Geschäftes zum Verkaufe bringe. Die auf solche Weise verkauften Waaren und Fabrikate treten durch die Veräußerung aus dem Vermächtnißverbande heraus und gehen in das definitive Eigenthum des Erwerbers über, soferne die sonstigen Voraussetzungen des Eigenthumserwerbes gegeben sind. Der Vermächtnißnehmer kann

---

[1]) S. oben §. 11 Note 2.

[2]) Ohnehin spricht unter den im Texte bemerkten Umständen die Vermuthung dafür, daß der Erblasser von Anfang an nur die Anordnung eines Summenvermächtnisses beabsichtigt habe.

die legata vel fideicommissi veniendo jedenfalls mit der ihm zustehenden persönlichen Klage vom Vermächtnißträger die Restimation der verkauften Waaren in Anspruch nehmen; er dürfte aber auch, was für den Fall der Ueberschuldung des Vermächtnißträgers von vorzugsweisem Belang ist, die neuen an die Stelle der verkauften getretenen Waaren und Fabrikate als Bestandtheile des Gesammtganzen mit einer dinglichen Klage in Anspruch zu nehmen befugt sein. Allerdings findet bei derartigen universitates rerum der Satz nicht Anwendung: Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Allein andererseits steht auch fest, daß dieselben als universitates Gegenstand der Vindikation sind.[1])

Nun ist es zwar richtig, daß, wenn sich in der mit der Vindikation in Anspruch genommenen universitas fremde, dem Beklagten gehörende Stücke befinden, diese nicht mit herausgegeben zu werden brauchen[2]), und es wäre somit an sich in unserem Falle die Einrede des Eigenthums in Ansehung der neuen

---

[1]) Arg. fr. 1 §. 3 de rei vind. (6,1): Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicare, Pomponius libro lectionum 25 scribit. Idem et de armento et de equitio, caeteritsque quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet, ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.

[2]) Fr. 2 eod. vgl. mit fr. 23 §. 5 in fine eod. Nach fr. 2 cit. kann die Heerde, wenn in ihr die fremden Bestandtheile überwiegen, oder nur denen des Vindikanten an Zahl gleichstehen, als solche nicht vindizirt werden, sondern nur die dem Kläger zugehörigen Stücke. S. jedoch Schmid Handb. des gem. d. bürg. Rechts, Bes. Thl. I §. 15 S. 292: „es sei denn, daß früher das entgegengesetzte Verhältniß stattfand, und dadurch das Vindikationsrecht an dem Ganzen als solchen erworben wurde; denn in diesem Falle bleibt dem Berechtigten das Vindikationsrecht in Beziehung auf dasselbe, soferne das Ganze noch als solches vorhanden ist, auch dann, wenn auch später sämmtliche in dem Ganzen enthaltene, einzelne Gegenstände, als solche ihm nicht gehören. Fr. 8 pr. de rei vind.“

Anſchaffungen für den Vermächtnißträger, bez. ſeine Gläubiger begründet. Allein dieſe Einrede wird, ſoweit es ſich darum handelt, den Werth der verkauften Waaren oder Fabrikate durch den Werth der neu hinzugekommenen aufzuwiegen, durch folgende replica doli unwirkſam gemacht werden können:

> Der Verkauf von Waaren oder Fabrikaten ſei überhaupt nur zuläſſig geweſen, weil ihn der ordnungsmäßige Betrieb des Handlungs- oder Gewerbsgeſchäftes mit ſich gebracht habe; dieſer ordnungsmäßige Betrieb habe andererſeits auch die Ergänzung des Lagers durch neue Waaren oder Fabrikate erheiſcht; und wenn dieß wirklich geſchehen, wenn für die verkauften Waaren oder Fabrikate in der That neue dem Lager einverleibt worden ſeien, ſo es dolos, wenn dieſe aus dem Grunde, daß ſie als einzelne Stücke nicht im Eigenthume des Klägers ſtünden, zurückbehalten werden wollten.

Wenn nun in Folge des eine derartige Replik gutheißenden Erkenntniſſes auch die Herausgabe der neuen Waaren oder Fabrikate bethätigt wird, ſo erlangt daran der Vermächtnißnehmer gerade ſo Eigenthum, als der Nichteigenthümer an einer Sache, welche er mit der ihm gebührenden rei vindicatio in Anſpruch genommen hat.[4a]). Soferne übrigens das Waarenlager, der Gewerbsladen mit Fabrikaten Beſtandtheil eines Univerſalvermächtniſſes iſt, dürfte ſich ſchon nach den Grundſätzen des SC. Iuventianum die Klage des Univerſalvermächtnißnehmers, der durch die Reſtitution heredis loco geworden, auf Herausgabe der an die Stelle der verkauften Waaren oder Fabrikate getretenen, dem Lager einverleibten Waaren bis zu dem Belaufe des urſprünglichen Werthes des Lagers rechtfertigen laſſen.[5])

Das geſetzliche Veräußerungsverbot, als blos im Intereſſe der Vermächtnißnehmer erlaſſen, ceſſirt, wenn im einzelnen Falle

---

[4a]) Vgl. z. B. Seuffert's prakt. Pands. N. ed. III Bd. I. §. 154 Nr. 2. Bd. II §. 297. Note 3 a. E.

[5]) Vgl. das allerdings zunächſt vom fideicommissum ejus quod su-

der Vermächtnißnehmer seine Zustimmung zur Veräußerung der vermachten Sache ertheilt hat.

Ist ein sukzessives Vermächtniß, etwa ein Familienvermächtniß in Frage, so ist nicht blos die Einwilligung des ersten, sondern auch die der folgenden Vermächtnißnehmer erforderlich.

Const. 11 de fideicommissis (6,42):

Quotles ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus, alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest. [6])

Eine aus den Umständen zu beurtheilende quaestio facti ist es, ob in der Einwilligung in die Veräußerung auch ein Verzicht auf das Vermächtniß zu sehen sei —

fr. 120 §. 1 de leg. I:

Omnibus, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam. [7]) —

oder aber nur die Erlaubniß zur qualitativen Veränderung des Vermächtnisses, welchenfalls die in die Veräußerung einwilligenden Vermächtnißnehmer die Aestimation der veräußerten Sachen verlangen können.

Fr. 92 pr. de leg. I [8]):

Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum reditum ejus fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium, prae-

---

pererit redende und für dieses nicht mehr anwendbare fr. 71 de leg. II: Sed quod inde comparatum est, vice permutati domini restitueretur. S. oben §. 18 Note 11.

[6]) Diese Stelle (vom Jahre 241) ist wohl auch in Zusammenhang zu bringen mit dem außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Rechtes, der in rem missio. S. oben §. 3 Note 15 Abs. 2 a. E.

[7]) Vgl. auch fr. 77 §. 27 de leg. II — (§. 3 Note 19).

[8]) Vgl. oben §. 16 Note 1.

sente et assignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium ejus restitui debere. [9])

Eine Veräußerung von Vermächtnißgut iſt ſtatthaft, wenn ſie nach den Grundſätzen einer guten Wirthſchaft geboten erſcheint. [10]) Hiernach kann der Vermächtnißträger ſolche Gegenſtände veräußern, welche nicht aufbewahrt werden können — res quae servando servari non possunt.

Vgl. fr. 5 pr. in fine de hered. pet. (5,3):

Sed et res tempore periturus permittere debet Praetor distrahere.

Hieher gehörige Fälle ſind es insbeſondere auch, wenn der wirth-

---

[9]) Sieh auch fr. 34 §. 2 de leg. II: Lucia Titia intestata moriens a filiis suis per fideicommissum alieno servo domum reliquit, post mortem filii ejus ipsique heredes quum dividerent hereditatem matris, diviserunt etiam domum; in qua divisione dominus servi fideicommissarii quasi testis adfuit. Quaero: an fideicommissi persecutionem acquisitam sibi per servum eo quod interfuit divisioni, omisisse videatur? Modestinus respondit: fideicommissum ipso jure amissum non esse, quod ne repudiatum quidem videri potest; sed nec per doli exceptionem summoveri, nisi evidenter apparuerit, omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse. — Wenn der Vermächtnißnehmer beim Abſchluß des auf Veräußerung abzielenden Rechtsgeſchäftes zwiſchen dem Vermächtnißträger und dem Dritten nur als Zeuge betheiligt war, ſo kann die Erwägung der beſondern Umſtände des einzelnen Falles dahin führen, nicht einmal eine Zuſtimmung des Vermächtnißnehmers in die Veräußerung des Vermächtnißobjektes, geſchweige einen Verzicht auf das Vermächtniß anzunehmen, ſo wenn der Zeuge mit dem materiellen Inhalte des Rechtsgeſchäftes nicht näher bekannt geworden war. Vgl. fr. 39 de pign. act. (13,7) — Rotermundt l. c. Sectio IV §. 4 pag. 31.

[10]) Die Zuläſſigkeit der Veräußerung aus wirthſchaftlichen Gründen läßt ſich im Grunde genommen auch auf eine Einwilligung des Erblaſſers zurückführen.

ſchaftliche Betrieb eines Landgutes den Verkauf einzelner Stücke aus dem vorhandenen Vieh, überhaupt aus dem Gutsinventar erheiſcht, wenn es ſich um Verwerthung der gemachten Aernde handelt, wenn von einer Heerde einzelne Thiere nach den Regeln der Viehzucht nicht mehr behalten werden können.

In allen dieſen Fällen iſt der Vermächtnißträger nicht blos berechtigt, ſondern verpflichtet zu veräußern und haftet dem Vermächtnißnehmer, wenn er zufolge imputablen Verſchuldens nicht veräußert hat.

Vgl. fr. 22 §. 3 ad SC. Treb. (36,1). [11])

Nachſchaffungen und Ergänzungen nehmen an und für ſich, wenigſtens ſo lange ein Singularvermächtniß in Frage, die Vermächtnißqualität nicht an. [12]) Wenn jedoch, wie bei einer Heerde,

---

[11]) Donelli Comm. Lib. VII cap. 27 in fine (Francof. 1529 pag. 211 lin. 41): Inhibet enim Constitutio alienationes non necessarias, non eas quas officii ratio et fides ab herede exigit. Inhibet alienationes ab avaritia et cupiditate lucri profectas . . . Superiores autem alienationes fideicommissi servandi causa comparatae sunt, non minuendi: fideicommissarii causa, non heredis. — Sieh jedoch auch in Anſehung des fr. 22 §. 3 ad SC. Treb. cit. Rußhirt a. a. O. I S. 204. lit. h.

[12]) Von der Frage, ob Nachſchaffungen und Ergänzungen der vermachten universitas rerum Seitens des Vermächtnißträgers als Surrogate die Vermächtnißqualität annehmen, iſt weſentlich verſchieden die Frage, welchen Einfluß Veränderungen, Nachſchaffungen ꝛc. auf den Umfang und bez. Beſtand des Vermächtniſſes einer universitas haben, welche der Erblaſſer ſelbſt nach Anordnung des Vermächtniſſes vorgenommen hat. Dieſe Frage entſcheiden die Geſetze der vermuthlichen Willensmeinung des Erblaſſers gemäß dahin, daß der Vermächtnißnehmer alle diejenigen einzelnen Stücke als vermachte in Anſpruch nehmen könne, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers oder vielmehr, si dies legati cedat (wobei jedoch der Fall eines bedingten Vermächtniſſes nicht berückſichtigt iſt), ſich in der universitas rerum vorfinden. Vgl. fr. 28 de instructu vel instrumento legato (33,7); fr. 28 quando dies leg. (36, 2); fr. 22 de leg. I; §. 18 Inst. de leg. (2,20.)

der Fall einer Gesammtklage gegeben ist, so kann die Herausgabe derselben, soweit sie ein Aequivalent für die verkauften Stücke sind, durch Vermittelung einer replica doli erzielt werden. Sieh oben. [13])

§. 20.

8) zufolge selbstständigen Rechtes eines Dritten; 9) zufolge Verhandlung des judicium familiae erciscundae.

Auch abgesehen von dem Falle, daß Erbschaftsgläubiger durch den Verkauf von vermachten Nachlaßgegenständen zu befriedigen sind, kann es vorkommen, daß Dritte ein selbstständiges Recht auf Veräußerung einer im Vermächtnißnexus befindlichen Sache haben

Hierher gehört vor Allem der Fall einer vom dritten Miteigenthümer einer vermachten Sache angestellten Theilungsklage (actio communi dividundo.)

Wenn der Erblasser nur den ideellen Theil einer Sache im Eigenthume hatte, und diesen unter einem dies [1]) als Vermächtniß hinterließ, so kömmt zwar dem Vermächtnißträger selbst die Befugniß zum judicium communi dividundo zu provoziren nicht zu; allein der extraneus, welcher Miteigenthümer ist, kann nicht gehindert sein, auf Theilung zu klagen. [2]) Wird nun in

---

[13]) Nicht entgegen sind die in der vorigen Note allegirten Gesetzesstellen, insbesondere fr. 28 de instructu etc. cit. und fr. 28 quando dies cit. Denn die replica doli kann in keinem Falle zu einer quantitativen Vermehrung des Vermächtnisses (nach dem Tode des Erblassers bez. nach dem dies cedens) führen, und nur eine solche quantitative Vermehrung erscheint durch fragliche Stellen ausgeschlossen.

[1]) Ueber den Fall des puren oder bedingten Vermächtnisses eines ideellen Theiles sieh den Schlußparagraphen.

[2]) Vgl. Const. 2 de fundo dot. (5,23): Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari.

Folge des Theilungsprozesses vom Theilungsrichter die Sache dem Dritten adjudizirt, so handelt es sich von einer Veräußerung, auf welche die Worte Papinians in fr. 13. fam. erc. (10, 2) sich anwenden lassen:

> Alienationes enim . . . interdictae sunt, duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem juris habent necessariam.

Der Vermächtnißnehmer muß ein solches Ergebniß des judicium communi dividundo auch für sich als bindend anerkennen, und kann die vermachte Quote selbst nicht mehr in Anspruch nehmen.

Dabei kann es nicht in Betracht kommen, wenn der Vermächtnißnehmer zum Theilungsprozesse nicht zugezogen war. Der Fall einer von einem Dritten erhobenen Theilungsklage ist verschieden von dem Falle, wenn Vermächtnißgut zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden veräußert werden soll. Denn die Erbschaftsgläubiger, auch wenn sie hypothekarische sind, haben auf die im Nachlasse ihres Schuldners befindlichen Sachen einen Anspruch nur als Mittel zum Zwecke ihrer Befriedigung; werden sie rücksichtlich ihrer Forderungen zufrieden gestellt, so können sie nichts weiteres verlangen, nicht ferner mehr die Veräußerung von Nachlaßobjekten beantragen. Anders verhält es sich mit dem Rechte des dritten Miteigenthümers auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache. Hier kann eine Auslösung durch den Vermächtnißnehmer nicht in Frage kommen, sondern, wenn der Theilungsrichter eine reelle Theilung vornimmt oder Veranlassung findet, dem dritten Miteigenthümer die ganze Sache zu adjudiziren, so kann gegen die hierin liegende theilweise oder gänzliche Veräußerung der vom Erblasser dem Vermächtnißnexus unterstellten Quote der Vermächtnißnehmer in keiner Weise eine Einwendung erheben. Hiernach hat es wohl guten Grund, eine Zuziehung des Vermächtnißnehmers zwar, wenn die Befriedigung von Erbschaftsgläubigern in Frage, zu dem Behufe für erforderlich zu erachten, damit derselbe Gelegenheit erhalte, den Verlauf der vermachten Sache durch Auslösung abzuwenden; dagegen für nicht erforderlich dann, wenn in Folge der Provokation des dritten Miteigenthümers das judicium communi dividundo zu verhandeln ist.

Abgesehen von einem Theilungsprozesse kann die Veräußerung von Vermächtnißgut etwa gerechtfertigt sein, wenn der Erblasser die vermachte Sache bereits verkauft aber nicht extradirt, oder wenn er sie sub lege retrovenditionis gekauft hatte, und nun der dritte Verkäufer das pactum adjecticium geltend macht.[3])

Zu einer gültigen Veräußerung von Vermächtnißgut kann es endlich kommen, zufolge Verhandlung des judicium familiae erciscundae unter mehreren Miterben.

Wenn mehrere zu Erben eingesetzt sind, und einer von ihnen mit einem Universalvermächtnisse beschwert ist, so ist zunächst von jedem einzelnen Nachlaßgegenstande die dem Erbtheile des Fiduziars entsprechende Quote dem Vermächtnißverbande unterstellt.

Wird nun aber zwischen dem Fiduziar und seinen Miterben das judicium familiae erciscundae verhandelt und werden jedem einzelnen einzelne Nachlaßgegenstände zugetheilt, so verändert sich auch der Gegenstand des Universalvermächtnisses, indem Antheile von Nachlaßsachen, welche bisher im Vermächtnißverbande begriffen waren, den Miterben des Fiduziars zur freien Verfügung überwiesen und durch andere bisher im Vermächtnißverbande nicht gestandene Antheile ersetzt werden.

Gegen eine solche qualitative Veränderung des Universalvermächtnißgegenstandes, soferne sie nur nicht eine quantitative Minderung des Universalvermächtnisses im Gefolge hat, kann der Universalvermächtnißnehmer einen Einwand nicht machen, selbst dann nicht, wenn der mit dem Universalvermächtnisse belastete Erbe zur Verhandlung des judicium familiae erciscundae provozirt hat. Denn wenn nicht eine ausdrückliche anderweitige Bestimmung des Erblassers vorliegt, muß als vermuthliche Willensmeinung desselben angenommen werden, daß wegen der Anordnung eines Universalvermächtnisses keiner der mehreren Miterben des Rechtes, sofort mit seinen Miterben die Auseinandersetzung der Erbschaft zu bethätigen, verlustig, vielmehr dasjenige

[3]) Rotermundt l. c. S. IV §. 3 sub nr. I.

Gegenstand des Universalvermächtnisses sein solle, was bei der reellen Theilung des Nachlasses dem Fiduziar zugewiesen werden würde.[4])

Lediglich als Folge der Annahme, daß der Fiduziar selbst zum judicium familiae erciscundae provoziren könne, ergibt sich, daß auch ein außergerichtliches Theilungsverfahren für den Universalvermächtnißnehmer maßgebend sein müsse. Denn wenn die mehreren Miterben über die Art und Weise der Theilung einverstanden sind, so kann ein Rechtsstreit, der vom Richter zu entscheiden wäre, nicht in Frage kommen.

Bei dem Gesagten ist übrigens vorausgesetzt, daß das Universalvermächtniß zur Zeit der gerichtlichen oder außergerichtlichen Verhandlung des judicium familiae erciscundae noch nicht restituirt ist. Ist die Restitution desselben bereits erfolgt, so ist der Universalvermächtnißnehmer hiedurch pro rata heredis loco, Miteigenthümer der einzelnen Nachlaßgegenstände geworden,[5]) er ist von Rechtswegen Theilnehmer am judicium familiae erciscundae und es versteht sich hiernach von selbst, daß eine ohne seine Zuziehung bethätigte Auseinandersetzung des Nachlasses ihm nicht präjudiziren könne.

Handelt es sich um ein Singularvermächtniß, das einem der Miterben in Ansehung seines Antheiles an einem Nachlaßgegenstande aufgelegt ist, so kann sich, wenn bereits dies legati vel fideicommissi gekommen, der Singularvermächtnißnehmer also schon pro rata Eigenthümer der Sache ist, das judicium familiae erciscundae auf die vermachte Quote gar nicht miterstrecken.[6]) Ist dagegen das Singularvermächtniß erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes zu entrichten, so wird in gleicher Weise, wie beim Universalvermächtnisse das Ergebniß des unter den mehreren Miterben vor Eintritt des Zeitpunktes gepflogenen judicium familiae erciscundae für den Singular-

[4]) Die Statthaftigkeit der Veräußerung von Vermächtnißgut in Folge Verhandlung des Erbtheilungsverfahrens läßt sich hiernach gleichfalls auf eine stillschweigende Erlaubniß des Erblassers zurückführen.

[5]) Sieh oben §. 17 Note 2.

[6]) Vgl. fr. 34 fam. erc. (10,2).

vermächtnißnehmer auf Grund der vermuthlichen Willensmeinung des Erblassers als bindend erachtet werden müssen.

§. 21.

Schlußbemerkung.

In den vorstehenden Paragraphen sind die Fälle behandelt, in welchen das in Ansehung des Vermächtnißgutes bestehende gesetzliche Veräußerungsverbot ausnahmsweise nicht Platz greift.

Mehrere unter ihnen können jedoch nur uneigentlich als Ausnahmen bezeichnet werden.

Wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Erbschaftsschulden und zur Entrichtung der Singularvermächtnisse insuffizient ist, so sind die vom Erblasser als Singularvermächtniß hinterlassenen Sachen, soweit sie zur Bezahlung der Erbschaftsschulden erforderlich sind, von Rechtswegen gar nicht im Vermächtnißnexus begriffen und zessirt hiernach von selbst das Veräußerungsverbot.

Ingleichen ergibt sich die Veräußerungsbefugniß des Vermächtnißträgers in Ansehung der zur Deckung der quarta Falcidia oder Trebelliana oder des Pflichttheils erforderlichen Antheile, ferner beim fideicommissum ejus quod supererit in Ansehung von drei Viertheilen des Nachlasses in allen Fällen, vom letzten Viertheil unter bestimmten Voraussetzungen, und ebenso, wenn die Bestellung eines Heirathgutes aus dem Universalvermächtnißgut in Frage — als nothwendige Folge des dem Vermächtnißträger zukommenden Rechtes, das Vermächtnißgut quantitativ zu vermindern, Sachen oder Antheile von Sachen, welche vom Erblasser als Vermächtniß hinterlassen sind, ohne Ersatz zu eigenem Vortheile zu verwenden und kann daher auch in diesen Fällen nicht von eigentlichen Ausnahmen gesprochen werden.

Solche sind vielmehr nur dann vorhanden, wenn Sachen, welche vom Erblasser dem Vermächtnißnexus unterstellt und in demselben von Rechtswegen auch begriffen sind, vom Vermächtnißträger mit der Wirkung veräußert werden dürfen, daß die fraglichen Sachen zwar durch die Veräußerung aus dem Vermächtnißverbande heraustreten; allein für den Vermächtnißnehmer ein Anspruch auf Entschädigung begründet wird.

Dieß findet statt, wenn außer dem im Abs. 3 berührten Falle

Vermächtnißgut zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden veräußert werden muß, sodann in den unter Nr. 5—9 aufgeführten Fällen [1]). Aber auch diese Ausnahmen haben nicht etwa ihr ausschließendes Fundament in positiver gesetzlicher Vorschrift; sie ergeben sich vielmehr aus der Natur der Sache, aus dem Zwecke des gesetzlichen Veräußerungsverbotes, aus dem Grundsatze, daß durch Anordnungen des Erblassers nicht selbstständige Rechte von Dritten beeinträchtigt werden können.

Zum Schlusse mag noch erörtert werden, inwieweit die Gründe, welche eine Veräußerung von Vermächtnißgut ungeachtet des gesetzlichen Veräußerungsverbotes ausnahmsweise rechtfertigen, auch für das pure und bedingte Singularvermächtniß in Betracht kommen können, obwohl Veräußerungen, wenn ein pures oder bedingtes Singularvermächtniß in Frage, nicht erst durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot ausgeschlossen, sondern regelmäßig entweder von Anfang an als von einem Nichteigenthümer ausgegangen ungültig sind, oder conditione existente zufolge der retrotraktiven Kraft der eingetretenen Bedingung der Infirmation unterliegen. In dieser Hinsicht ist Folgendes hervorzuheben:

Wenn Singularvermächtnißgut wegen Erbschaftsschulden zu veräußern ist, und die Singularvermächtnisse nicht schon deßhalb ganz oder zum Theile rechtsungültig sind [2]), so muß der Veräußerung eine Verhandlung mit den Vermächtnißnehmern vorausgehen, ihnen Gelegenheit gegeben werden, das Vermächtnißgut auszulösen. Haben sie aber, obwohl gerichtlich dazu aufgefordert, die zu veräußernde Sache nicht ausgelöst, so kann auch die vorgenommene Veräußerung in keiner Weise mehr von ihnen beanstandet werden.

---

[1]) Handelt es sich um Veräußerung von Universalvermächtnißgut zum Zwecke der Bezahlung von Erbschaftsschulden, so wird allerdings regelmäßig kein Anspruch auf positive Entschädigung für den Universalvermächtnißnehmer begründet; allein er wird durch die Veräußerung von einer Schuld, für die er dereinst verhaftet gewesen wäre, frei.

[2]) Sieh oben §. 16 A. pr.

Liegt ausdrückliche Ermächtigung des Erblassers vor, oder ist dieselbe zu vermuthen oder haben die sämmtlichen Betheiligten eingewilligt, so versteht es sich von selbst, daß die vorgenommene Veräußerung nicht mehr hintennach, auch nicht zufolge der retrotraktiven Kraft der eingetretenen Bedingung angefochten werden kann.

Wenn die Veräußerung von Vermächtnißgut durch das wirthschaftliche Bedürfniß geboten erscheint, so muß der Vermächtnißnehmer dieselbe auch dann als rechtsbeständig anerkennen, wenn ein pure oder unter einer, nachher eingetretenen Bedingung hinterlassenes Singularvermächtniß in Frage ist. Denn die Veräußerung von Sachen, die sich ohne wirthschaftlichen Nachtheil nicht aufbewahren lassen, ist in den Befugnissen eines jeden Geschäftsführers gelegen; als solcher kann und muß aber auch der Erbe im Verhältniß zum Vermächtnißnehmer aufgefaßt werden, wenn wegen irgend eines faktischen Hindernisses oder wegen einer noch schwebenden Bedingung das Vermächtniß nicht sofort zur wirklichen Entrichtung gelangen kann. Das oben (S. 126) in Bezug genommene fr. 5 pr. in f. de her. pet. räumt sogar dem bloßen Erbschaftsbesitzer das Recht ein, res tempore perituras zu veräußern.

Hat der Erbe eine Sache, welche er mit einem Dritten in gemeinschaftlichem Eigenthum hatte, als Vermächtniß hinterlassen, und will nun der dritte Miteigenthümer communi dividundo klagen, so muß er, wenn das Vermächtniß ein pures ist, geradezu seine Klage gegen den Vermächtnißnehmer richten; der Vermächtnißträger erscheint nicht als der rechte Beklagte und kann eine in der Richtung gegen ihn erwirkte Adjudikationssentenz vom Vermächtnißnehmer als res inter alios acta angefochten werden.

Ist das Vermächtniß bedingt, so stellt sich der Vermächtnißträger pendente conditione als Eigenthümer der vermachten Quote dar, als legitimirt zur Prozeßführung. Wenn nun auf Provokation des dritten Miteigenthümers das judicium communi dividundo verhandelt und demselben ein reeller Theil oder die ganze Sache adjudizirt wurde, nachher aber die Bedingung

des Vermächtnisses eintritt, so ist in Gemäßheit der retrotraktiven Kraft der eingetretenen Bedingung zunächst der Vermächtnißnehmer allerdings in der Lage, gegen den Besitzer der ihm vermachten Quote klagend auftreten und die Anerkennung seines Miteigenthumsrechtes sowie Herausgabe der Quote verlangen zu können. Allein wenn der Theilungsstreit an und für sich ordnungsmäßig verhandelt, insbesondere durch die Adjudikationssentenz dem dritten Miteigenthümer nicht quantitativ mehr zugewiesen wurde, als ihm nach Verhältniß der Quote, an welcher er bis dahin Eigenthum hatte, gebührte; so wird der Beklagte der Klage des Vermächtnißnehmers mit folgender Einrede begegnen können:

> er bez. sein Autor habe ein Recht auf sofortige Theilung der gemeinschaftlichen Sache gehabt; dieses Recht habe ihm durch die bedingte Vermächtnißanordnung nicht entzogen werden können; wenn nun ihm bez. seinem Autor in dem mit dem Vermächtnißträger, welcher damals der rechte Beklagte gewesen, verhandelten Theilungsstreite ein reeller Theil der Sache oder die ganze Sache adjudizirt worden sei, so sei es dolos, wenn er, der Vermächtnißnehmer, ohne gegen das gepflogene Theilungsverfahren an sich Erinnerungen machen zu können, gleichwohl nunmehr das Ergebniß desselben nicht anerkennen wolle, da er ja doch, wenn er sofort mit dem Erbschaftsantritt Eigenthum an der vermachten Quote erlangt hätte, sich die Provokation zum judicium communi dividundo gleichfalls hätte gefallen lassen müssen.

Eine derartige exceptio doli wird auch abgesehen von der Verhandlung eines Theilungsprozesses der verklagte dritte Erwerber von Vermächtnißgut überall da gebrauchen können, wo nicht eine freiwillige Veräußerung in Frage ist, sondern eine Veräußerung, die ihren Grund in dem selbstständigen Rechte eines Dritten, somit vetustiorem causam et originem juris necessariam hatte.

So wird z. B. wenn der Erblasser die pure oder bedingt vermachte Sache bereits verkauft hätte und in Folge dessen der Vermächtnißträger die Sache dem Käufer extradirte, der Käufer

der Eigenthumsklage des Vermächtnißnehmers gegenüber geltend machen können, daß ihm die Sache extradirt worden auf Grund eines mit dem Erblasser, von welchem der Kläger sein Recht ableite, abgeschlossenen Kaufvertrages — exceptio rei venditae et traditae. [3])

Wenn endlich im judicium familiae erciscundae der unter einer Bedingung vermachte Antheil eines Erben an einem Nachlaßgegenstande einem Miterben desselben, der mit dem Vermächtnisse nicht belastet ist, pendente conditione eigenthümlich zugewiesen wurde, so muß diese Zuweisung existente conditione auch vom Vermächtnißnehmer anerkannt werden, weil es, wie im vorigen §en bemerkt wurde, als präsumtiver Wille des Erblassers anzusehen ist, daß solchenfalls kein Erbe gehindert sein solle, auf Auseinandersetzung der Erbschaft anzutragen, bez. mit seinen Miterben die reelle Theilung des Nachlasses zu bethätigen; also die im Theilungsverfahren erfolgte Veräußerung auf eine stillschweigende Ermächtigung des Erblassers zurückgeführt werden kann.

Nicht entgegen ist fr. 12 §. 2 fam. erc. (10,2):

> Res, quae sub conditione legata est, interim heredum est, et ideo venit in familiae erciscundae judicium, et adjudicari potest, cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est.

Denn hier ist nicht der Antheil eines Erben an einer Nachlaßsache Gegenstand des Vermächtnisses, sondern die ganze Sache und alle Erben sind als mit dem Vermächtnisse belastet anzusehen. In diesem Falle versteht es sich von selbst, daß die Zuweisung der Sache an einen Erben im judicium familiae erciscundae dem Vermächtnißnehmer nicht präjudiziren könne.

[3]) Vgl. fr. 3 §. 1 de excpt. rei vend. et trad. (21,3): Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint. Sich noch fr. 32 in fine locati cond. (19,2), fr. 120 §. 2 de leg. I.

Ex. H.b.K.
2/24/04.